

ARTHUR MACIEL MOTTA

**PROCESSO LEGISLATIVO E LIMITAÇÕES
CONSTITUCIONAIS AO PODER DE LEGISLAR: reserva de
iniciativa sob as luzes do princípio da separação de
poderes no constitucionalismo democrático de 1988**

Dissertação apresentada como requisito
para conclusão do Curso de Mestrado
em Direito e Políticas Públicas do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Dr. Luís Carlos Martins
Alves Jr.

BRASÍLIA

2013

Motta, Arthur Maciel

Processo legislativo e limitações constitucionais ao poder de legislar: reserva de iniciativa sob as luzes do princípio da separação de poderes no constitucionalismo democrático de 1988.

Arthur Maciel Motta – Brasília, 2013.

162 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Júnior.

1. Direito Constitucional. 2. Processo Legislativo. 3. Separação de Poderes. 4. Reserva de Iniciativa. 5. Políticas Parlamentares Públicas.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: MOTTA, Arthur Maciel

Título: **Processo legislativo e limitações constitucionais ao poder de legislar**: reserva de iniciativa sob as luzes do princípio da separação de poderes no constitucionalismo democrático de 1988.

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de Brasília
como requisito para conclusão do Curso de Mestrado em
Direito e Políticas Públicas

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Professor-Orientador

Examinador Interno

Examinador Externo

Para **Jorgina de Fátima**

Agradeço ao Professor Doutor **Luís Carlos Martins Alves Júnior**,
pela orientação segura e dedicada.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem por objeto analisar as limitações constitucionais impostas ao Congresso Nacional pela reserva de iniciativa legislativa conferida ao Chefe do Poder Executivo. A finalidade da dissertação é discutir as nuances que envolvem a reserva de iniciativa legislativa conferida ao Presidente da República pelo § 1º do art. 61 da Constituição de 1988, com o objetivo de verificar as consequências dessa limitação constitucional para o desempenho das atribuições de deputados, senadores e das Comissões temáticas das duas Casas Legislativas do Parlamento. A pesquisa compreende a análise dos relatórios e pareceres emitidos pelas Comissões Permanentes do Senado Federal durante a 53ª Legislatura (período de 2007 a 2011) relativos aos projetos de lei incidentes na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, bem como das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) relativas às limitações impostas pela reserva de iniciativa no processo legislativo, tomadas pela Corte no período compreendido entre 1988 e 2012. O estudo confirma a hipótese de que a reserva de iniciativa legislativa concedida ao Presidente da República dificulta e, em muitos casos, impede a apresentação de projetos de lei originários de parlamentares que estabelecem ou aperfeiçoam políticas públicas. Ao fim, oferece propostas com soluções que vão desde a extinção sumária dos preceitos constitucionais da reserva de iniciativa legislativa até a adoção de diferentes formas de integração das normas jurídicas que permitam mitigar os efeitos da limitação imposta ao Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Constitucional. Processo Legislativo. Separação de Poderes. Reserva de Iniciativa. Políticas Parlamentares Públicas.

ABSTRACT

This work aims to analyze the consequences of the Brazilian National Congress constitutional limitations brought by the exclusive legislative initiative of the Executive Power. The research analyzes the reports and opinions of the Federal Senate Permanent Commissions from 2007 to 2011 (53rd Brazilian Legislature) that discuss the bills presented by the exclusive Executive Power legislative initiative. It builds a thorough study of the precedents of the Brazilian Supreme Court (STF) in order to investigate the evolution of the Court's thinking about the Executive Power exclusive legislative initiative throughout the last 24 years (1988-2012). The research intends to investigate the influence and the effects of this initiative at the formation and the development of the public policies proposed by the Legislative Power. At the end, the work confirms the hypothesis that the Executive Power exclusive legislative initiative raises difficulty in the development of the public policies proposed by the Legislative Power, and recommends possible legislative paths to minimize the negative effects on the achievement of the public policies in this country.

KEYWORDS: Constitutional Law. Legislative Process. Separation of Powers. Exclusive legislative initiative. Public Parliament Policies.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO	15
2.1 Poderes políticos	15
2.2 Repartição dos poderes políticos	18
2.2.1 <i>Poderes concentrados no rei</i>	18
2.2.2 <i>Separação do Poder Legislativo</i>	20
2.2.3 <i>Separação do Poder Judiciário</i>	21
2.2.4 <i>Separação do Poder Governamental</i>	23
2.2.5 <i>Separação do Poder Administrativo</i>	25
2.2.6 <i>Separação do Poder de Garantia da Constituição</i>	28
2.3 Poderes políticos sob o crivo de Karl Loewenstein	30
2.3.1 <i>Visão pragmática do processo político</i>	30
2.3.1.1 <i>Poder no processo político</i>	30
2.3.1.2 <i>Detentores do poder</i>	34
2.3.2 <i>Divisão de funções políticas</i>	38
2.3.2.1 <i>Conceito obsoleto de separação de poderes</i>	38
2.3.2.2 <i>Função de decisão política (policy determination)</i>	40
2.3.2.3 <i>Função de execução política (policy execution)</i>	42
2.3.2.4 <i>Função de controle político (policy control)</i>	44
2.4 Considerações parciais	46
3 PROCESSO LEGISLATIVO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE 1988	51
3.1 Poder Legislativo	51
3.2 Processo Legislativo	55
3.3 Processo legislativo e reserva de iniciativa	59
3.3.1 <i>Reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo</i>	59
3.3.2 <i>Resultado da pesquisa realizada nos relatórios e pareceres das Comissões Permanentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados relativos aos Projetos de Lei do Senado apresentados durante a 53ª Legislatura (2007-2011)</i>	71
3.3 Considerações parciais	84

4 PROCESSO LEGISLATIVO E SUAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA REALIDADE JURISPRUDENCIAL DO STF	87
4.1 Processo legislativo e hermenêutica constitucional	87
<i>4.1.1 Métodos de interpretação constitucional</i>	<i>87</i>
<i>4.1.2 Teoria estruturante do direito</i>	<i>95</i>
4.2 Princípio da independência dos poderes e princípio da simetria	103
<i>4.2.1 Princípio da independência dos poderes</i>	<i>103</i>
<i>4.2.2 Princípio da simetria</i>	<i>106</i>
4.3 Limitações referentes à criação de cargos públicos	108
4.4 Limitações referentes aos servidores públicos	123
4.5 Limitações referentes à criação de órgãos públicos	139
4.6 Limitações referentes à apresentação de emendas parlamentares	143
4.7 Considerações parciais	146
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
6 REFERÊNCIAS	156
6.1 Referências doutrinárias	156
6.2 Referências normativas	159
6.3 Referências jurisprudenciais	160

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem por objeto analisar as limitações constitucionais impostas ao Congresso Nacional pela reserva de iniciativa legislativa conferida ao Chefe do Poder Executivo. Sua finalidade precípua é, então, discutir as nuances que envolvem a reserva de iniciativa legislativa conferida ao Presidente da República pelo § 1º do art. 61 da Constituição de 1988, com o objetivo de verificar as consequências dessa limitação constitucional para o desempenho das atribuições de deputados, senadores e das Comissões temáticas das duas Casas Legislativas do Parlamento.

A pesquisa encontra sua justificativa na constatação de que o tema tem despertado o interesse de parlamentares e de estudiosos do processo legislativo no Congresso Nacional. Os deputados e senadores recebem os pleitos de diversos articuladores de políticas públicas vindos do seio da sociedade civil, bem como são acionados pelos interesses de governos municipais e estaduais. Ocorre, porém, que, constantemente, são surpreendidos ao tomarem conhecimento de que alguns dos projetos de lei por eles apresentados são arquivados ou têm tido suas tramitações interrompidas por ferirem – segundo interpretação adotada nas análises das Comissões Permanentes das duas Casas – o preceito constitucional da reserva de iniciativa legislativa.

Um bom exemplo dessa situação é o caso do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 250/2005-Complementar, de autoria do Senador Paulo Paim, que “estabelece requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos portadores de deficiência”¹. Esta concessão de aposentadoria diferenciada para servidores públicos portadores de deficiência já está prevista no inciso I do § 4º do art. 40 do texto constitucional, como uma das três exceções aos critérios do regime geral de previdência, desde a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 47, de 6/7/2005, faltando, portanto, apenas a regulamentação, que é o objeto do PLS nº 250/2005. No entanto, como trata de matéria interpretada pelo

¹ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=74546>. Acesso em 3 jan. 2011.

senso comum como de iniciativa privativa do Presidente da República, apesar do seu mérito de incrementar uma política pública de valorização da pessoa com deficiência, a proposição foi arquivada automaticamente, em 7/1/2011, por tramitar, sem deliberação há duas legislaturas, segundo regra do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF)².

O problema a ser pesquisado surge desse quadro e das constatações de que os parlamentares são legítimos representantes do povo, eleitos com o encargo de fazer valer as aspirações da população no seio da República, e de que a função precípua do Poder Legislativo é elaborar as leis, podendo, conforme prevê o art. 48 do texto constitucional, “dispor sobre todas as matérias de competência da União”. Ora, se assim o é, encontra justificativa plausível a existência das limitações impostas ao Poder Legislativo pela reserva de iniciativa exclusiva conferida ao Poder Executivo pelo art. 61, § 1º, da Constituição Federal? Para o desenvolvimento do trabalho, a hipótese de pesquisa adotada é a de que essa reserva de iniciativa legislativa imposta pelo texto constitucional tolhe a atribuição imanente do Poder Legislativo de propor a discussão de projetos de lei que estabeleçam políticas públicas que bem atendam aos interesses da população e, em função disso, precisa, no mínimo, ser interpretada de forma mais flexível.

A pesquisa do presente trabalho compreende a análise dos relatórios e pareceres emitidos pelas Comissões Permanentes do Senado Federal durante a 53ª Legislatura (período de 2007 a 2011) relativos aos projetos de lei incidentes na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Além dessa discussão, compõe este trabalho, principalmente, o estudo as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) relativas às limitações impostas pela reserva de iniciativa no processo legislativo, tomadas pela Corte no período compreendido entre 1988 e 2012.

No que tange à metodologia, a construção do argumento de pesquisa passa pela divisão do trabalho em três capítulos de desenvolvimento. O primeiro deles emprega o método conceitual-dedutivo para analisar os fundamentos da separação de poderes no constitucionalismo democrático. Para tanto, é delineado o estado da arte em que se encontra a doutrina clássica sobre o tema, explanando sobre a atual

² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em 15 jul. 2012.

hexapartição de poderes, evolução da originária situação de concentração vivida durante o Absolutismo, com a distinção, na sequência, dos poderes Legislativo, Judiciário, Governamental, Administrativo, de Garantia da Constituição e do remanescente poder do Chefe de Estado. Não se deve esperar do trabalho uma análise comparativa de teorias que discorrem sobre a evolução do processo de separação dos poderes políticos. O estudo adota o conceito da hexapartição, pois ele bem diferencia – e esse é o primeiro ponto – a função de Governo da função de Administração.

No prosseguimento do primeiro capítulo, o estudo se debruça sobre a visão pragmática formulada por Karl Loewenstein acerca do poder no processo político, na qual ele chama a atenção para a existência de influentes detentores invisíveis do poder e propõe a análise do poder sob a ótica da divisão de funções políticas interdependentes, em substituição à anacrônica teoria da separação dos poderes. As especificidades apontadas nesse primeiro capítulo, que caracterizam cada uma das seis funções políticas – principalmente as que distinguem as funções governamental, administrativa e de Chefe de Estado – podem abrir caminho para interpretações da reserva de iniciativa legislativa mais concernentes com a realidade vivida pela sociedade brasileira nesse início de século XXI. A escolha do suporte doutrinário oferecido por Karl Loewenstein, a despeito de haver outros prismas de análise, ocorreu por opção metodológica, uma vez que ele caracteriza e fundamenta a separação de funções políticas, mostra a interdependência dessas funções e discorre sobre os detentores do poder, o que, no conjunto, vem a calhar com a veia de pesquisa deste trabalho.

O segundo capítulo do desenvolvimento examina o processo legislativo no constitucionalismo democrático de 1988. Inicialmente, utilizando o método conceitual-dedutivo, é feita uma breve ambientação sobre o Poder Legislativo, na qual assume destaque o papel que ele desempenha de conformador do Estado Democrático de Direito, com suas funções típicas de legislar e de fiscalizar, bem como sobre o Processo Legislativo, que orienta a tramitação de matérias legislativas nas duas Casas do Congresso Nacional. O conteúdo da abertura desse capítulo – os tópicos que discorrem sobre o Poder Legislativo e o Processo Legislativo –, longe de almejar aprofundar esses temas, traz uma análise pontual, extraída da compreensão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apenas com o fito de introduzir o

assunto da reserva de iniciativa legislativa no contexto maior de tramitação dos projetos de lei.

No passo seguinte, ainda no segundo capítulo do desenvolvimento, o estudo, com suporte no método empírico-dedutivo, envereda pela capilaridade das funções políticas no processo legislativo e apresenta os resultados de pesquisas realizadas nos relatórios e pareceres das Comissões Permanentes do Senado Federal oferecidos durante a 53^a Legislatura (2007-2011), com o foco de luz voltado para as questões inerentes à reserva de iniciativa legislativa.

No terceiro e último capítulo do desenvolvimento, o trabalho se inclina sobre o processo legislativo e suas limitações constitucionais na realidade jurisprudencial do STF. Com esse objetivo, inicialmente, com base no método conceitual-dedutivo, discorre sobre a hermenêutica constitucional que pode dar substância a diferentes formas de abordagem do processo legislativo aplicado às matérias de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Nesse mister, o estudo busca amparo, basicamente, no pensamento de Inocêncio Mártires Coelho e de Friedrich Müller.

A escolha de ambos os autores também é fruto da opção metodológica do trabalho. O estudo dialoga sucintamente com Inocêncio Mártires Coelho para obter a compreensão, de forma didática, dos métodos de interpretação constitucional que são usados pelos ministros do STF e que podem ser utilizados por todos os intérpretes do texto constitucional, incluídos aí os deputados federais e senadores, principalmente os que são membros das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas. A opção pela argumentação de Friedrich Müller na formulação da teoria estruturante do direito deveu-se ao entendimento de que, para fundamentar a pesquisa da veracidade da hipótese neste estudo, o método de interpretação constitucional normativo-estruturante foi considerado o mais adequado, pela sua premissa de existência de uma imbricação necessária entre os preceitos jurídicos e a situação real que eles pretendem regular.

No passo seguinte, são discutidos, com emprego do método empírico-dedutivo, os aspectos ligados ao princípio da harmonia e da independência dos poderes e ao princípio da simetria. Em seguida, é apresentado o resultado da pesquisa sobre o entendimento do STF acerca da reserva de iniciativa legislativa com enfoque nas três limitações que se destacam, quais sejam as referentes à

criação de cargos públicos, aos assuntos relativos aos servidores públicos e à criação de órgãos públicos. Ao término, é feita também uma curta análise sobre as limitações relativas à apresentação de emendas parlamentares a projetos de lei de iniciativa exclusiva de outro poder, cujos exemplos estudados, apesar de serem relativos ao Poder Judiciário, são plenamente aplicáveis ao tema deste estudo, pois indicam a evolução da interpretação do Tribunal acerca da aplicação do art. 61, § 1º, inciso II, combinado com o art. 63 do texto constitucional.

A discussão do tema realiza-se com o intuito de que, caso seja verdadeira a hipótese de que a reserva de iniciativa legislativa conferida ao Poder Executivo pelo texto constitucional dificulta a função precípua de o Poder Legislativo propor a discussão de projetos de lei que estabeleçam políticas públicas de interesse da sociedade, sejam apontadas soluções legislativas ou novas interpretações que eliminem ou reduzam tal restrição. Com esse propósito, tem início o desenvolvimento do assunto com a abordagem da separação de poderes no constitucionalismo democrático.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Este primeiro capítulo aborda a separação de poderes no constitucionalismo democrático em três itens de desenvolvimento. No primeiro deles, são estudados os poderes políticos com suporte nos escritos de Max Weber sobre o poder na política e sobre as estruturas e o funcionamento da dominação. O segundo tópico enfoca a hexapartição de poderes políticos, com ênfase nas distinções entre o Poder Governamental e o Poder Administrativo, pela importância que tais diferenças terão no desenvolvimento deste estudo. Por fim, o tópico três apresenta e discute a doutrina proposta por Karl Loewenstein sobre a divisão de funções políticas, na qual Loewenstein mostra a obsolescência do conceito de separação de poderes.

2.1 Poderes políticos

O termo poder, numa significação geral, designa “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos” (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2009, p. 933). Restringindo a ideia para o sentido apenas social, poder indica a capacidade de o homem determinar o comportamento do seu semelhante. O poder social, para se concretizar, necessita, numa ponta, de um indivíduo ou grupo que exerça o poder e, na ponta oposta, outro indivíduo ou grupo que seja levado a comportar-se como o primeiro indivíduo ou grupo almejam. O poder social é, então, uma relação entre indivíduos (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2009, p. 935).

Portanto, quando Thomas Hobbes (2008, p. 70) formalizou que “o poder de um homem (universalmente considerado) consiste nos meios de que dispõe para alcançar, no futuro, algum bem evidente, que pode ser tanto original (natural) como instrumental”, ele não levou em conta que o caráter relacional é fundamento para identificação do poder social. A definição de poder como posse de instrumentos capazes de permitir a chegada a fins planejados não se aplica quando o objetivo é analisar as relações que vivificam num grupo social (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2009, p. 938).

Se uma pessoa possui muito dinheiro (instrumento), esse fato pode induzir alguém a adotar determinado comportamento, desejado pelo possuidor do dinheiro (poder), mas se este estiver sozinho ou se a outra pessoa não estiver disposta a comportar-se desta ou daquela maneira por recompensa monetária, o poder não toma forma, não existe. Esse exemplo deixa patente que o “poder não deriva simplesmente da posse ou do uso de certos recursos, mas também da existência de determinadas atitudes dos sujeitos implicados na relação” (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2009, p. 937).

Na análise do poder em determinado ambiente, principalmente no cenário político, tem importância segura o papel desempenhado pelas expectativas e percepções sociais, pois o comportamento de cada ente – o próprio Governo, a Maioria de uma Casa Legislativa ou sua Minoria, um partido político ou um grupo de pressão, por exemplo – é orientado, mesmo que parcialmente, pelas previsões que esse ente faz das ações futuras que serão desencadeados pelos outros atores, bem como pela possível evolução da situação como um todo na arena política. O Governo, por exemplo, tem poder para regulamentar a legislação sobre a política do agronegócio, mas não será prudente ele elaborar uma política agrícola sem considerar as reações que poderão surgir dos setores influentes de agricultores, de suas associações e cooperativas.

Max Weber chamou a atenção para o estudo do Poder na Política. Para ele, as relações de autoridade e de obediência, normalmente confirmadas no tempo, não se baseavam somente em argumentos materiais ou num corriqueiro hábito de obediência do povo, mas, principalmente, no fundamento basilar da legitimidade (WEBER, 2002, p. 56-58). Essa concepção remonta de propostas de John Locke que, no capítulo XV do seu Segundo Tratado sobre o Governo, ao discorrer sobre os poderes paterno, despótico e político, em conjunto, apontou para a necessidade de o poder político não ser arbitrário nem absoluto sobre as vidas das pessoas, devendo ser capaz de “elaborar leis e de anexar a elas penalidades tais que favoreçam a conservação do todo”, bem como ser legítimo na medida em que “tenha sua origem apenas no pacto, no acordo e no consentimento mútuo daqueles que formam a sociedade política” (LOCKE, 2005, p. 539).

Ao discorrer sobre as estruturas e o funcionamento da dominação, Max Weber afirmou que o Poder, quando qualificado como legítimo (WEBER, 1993, p. 704), poderia ser estratificado em três tipos puros: Poder legal, Poder tradicional e Poder carismático. Este último, o Poder carismático, encontra amparo na afetividade dedicada à pessoa do líder, por seu caráter sacro, por seu heroísmo, pelo seu exemplo de vida ou pelo poder de suas palavras. A administração da sociedade, cujo poder está na mão de um chefe carismático, é composta por pessoal dedicado à pessoa do líder, não constituindo um corpo de servidores na acepção da palavra (WEBER, 1993, p. 711). Já o Poder tradicional, pelo seu lado, tem como fonte os vínculos ligados ao próprio conteúdo das decisões emanadas pelo chefe que são comunicados aos súditos pela tradição (WEBER, 1993, p. 708).

O Poder legal, característico das sociedades modernas, tem como fonte a lei e como fundamento a crença na legitimidade dos ordenamentos jurídicos que qualificam as funções dos detentores do poder. Todos estão sujeitos ao império da lei, prestando-lhe obediência, inclusive, aqueles que detêm o poder. Nesse tipo puro, é a burocracia, com sua estrutura hierarquizada, que desempenha o papel de aparelho administrativo do poder (WEBER, 1993, p. 707). É sobre esse poder legítimo, o Poder Legal, que o presente estudo irá discorrer.

No dicionário que recebe seu nome, Política tem o seu verbete explicitado como sendo a concentração de atividades ligadas, direta ou indiretamente, ao poder institucionalizado do Estado (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2009, p. 954). De um modo geral, poder exprime, como disse, a possibilidade ou capacidade de pessoas decidirem ou influírem no destino de outras; agora, Poder, com maiúscula, tem um escantilhão bem mais restrito, significando o “conjunto de instituições que, de forma concentrada ou dividida, numa sociedade, detém ou exerce o poder de mando em última instância” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 15).

Conforme explicou Cezar Saldanha Souza Junior (2002, p. 16), no plural – poderes –, o termo pode ser aproximado por três vertentes distintas. No sentido funcional-material, o vocábulo é utilizado para dar nome às atividades desenvolvidas por pessoas ou órgãos, sempre com finalidades políticas. Nesse sentido, quando se fala em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, a intenção é nomear, respectivamente, as atividades de legislar, de aplicar as leis de forma geral e de

aplicar as leis num processo judicial. Pode-se falar em Poder Eleitoral, para designar a atividade de eleger os representantes que irão exercer o poder, e em Poder Constituinte, para apontar a atividade política do Estado de criar normas de nível constitucional formal (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 15).

Na segunda intelecção, a palavra poderes é empregada para denominar as competências, fixadas em normas jurídicas, que especificam, de modo mais concreto, as atividades políticas e jurídicas consideradas abstratamente (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 15). Daí ser possível dizer, por exemplo, poderes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário para designar as competências do Parlamento, do Governo e dos Tribunais, bem como falar em poderes federais, estaduais e municipais para, na linha vertical, elencar as competências da União, dos Estados e dos Municípios.

Na terceira vertente, o sentido orgânico, poderes são os órgãos institucionalizados no texto constitucional, dotados de competências e atribuições para desempenhar atividades de soberania estatal. Nessa visão orgânica, poderes são órgãos constitucionais estritos, são entidades políticas formadoras do próprio Estado (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 15). Embora seja a vertente orgânica que vai dar sentido, que vai formar a estrutura, o esqueleto dessa pesquisa, o que lhe dará corpo será a análise do confronto de competências, de atribuições dos diversos órgãos constitucionais que compõem o Estado brasileiro, ou seja, o estudo vai enveredar pelo sentido funcional-material e pelo sentido funcional-formal, para discutir o jogo de poder político vivido no Brasil após 1988, no tocante à reserva de iniciativa legislativa concedida ao Poder Executivo.

2.2 Repartição dos poderes políticos

2.2.1 Poderes concentrados no rei

Esse breve comentário sobre a evolução da repartição dos poderes vai se restringir às experiências vividas pela civilização na Europa ocidental e, mais especificamente, no modelo configurado pela monarquia inglesa, tendo como marco inicial os séculos XII e XIII. Isso porque é da Inglaterra que vem o melhor modelo-tipo para a investigação do tema. A ilha foi o mais eficiente cadinho para aplicação das doutrinas sobre a separação de poderes, com as experiências práticas mais estudadas. O marco temporal escolhido se justifica pelo ícone que representou a

assinatura da Magna Carta, em 1215, a demonstrar como o poder político estava dissolvido na sociedade medieval.

No Período Feudal, o poder político estava fragmentado por toda a sociedade. O campo político se confundia com o social, pois o público – o coletivo – dependia intrinsecamente das relações privadas, decorrência direta da grande descentralização territorial da vida em sociedade. O princípio da subsidiariedade era empregado em sua plenitude, visto que a administração e a justiça eram prestadas no âmbito local, ou seja, os tomadores de decisões eram as mesmas pessoas que sofreriam seus efeitos. A essência da política estava no diálogo do privado com o público. Somente com a criação do Estado moderno tomarão corpo instituições específicas para cuidar da esfera do público (VILLEY, 2009, p. 191).

A partir do século XV, com o início da Idade Moderna, passou a ocorrer um distanciamento crescente dos tomadores de decisões relacionadas ao todo com as pessoas que experimentariam os seus efeitos, fato que corroeu a viabilidade do sistema feudal. Tal evolução teve, como fatores determinantes, o impacto de importantes invenções, tais como a bússola, a pólvora e a imprensa – esta última, inclusive, ocasionando a disseminação do conhecimento pelos livros –, bem como o progresso sem precedentes do comércio, com o advento das grandes navegações e o crescimento populacional das cidades. Função do desenvolvimento das manufaturas, da expansão da economia de mercado e da acumulação nacional de capitais, cresceu de importância no cenário social e político a burguesia, classe social formada por banqueiros, mercadores, donos de empórios, artesãos e camponeses, tendo o modo de produção capitalista substituído a produção feudal, que era o carro-chefe ao tempo da Idade Média (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 29-30).

A aliança entre o rei e a burguesia permitiu o desencadeamento do processo de nacionalização, propulsor de vantagens socioeconômicas para ambos, com a construção de uma esfera pública autônoma – o Estado nacional – frente ao privado, ao corpo social (TORRES, 1989, p. 13). A institucionalização do público nessa pessoa-abstração que era o Estado teve como consequência a nacionalização da política, com funções centradas no rei. Da feição nacional dada pela política foi um passo para as nacionalizações dos povos, dos territórios e das economias (KELLY, 2010, p. 220).

A arquitetura institucional, política e jurídica, da concentração de poder inspirou-se nas doutrinas e ideologias de Jean Bodin (1530-1596), na França, e Thomas Hobbes (1588 – 1679), na Inglaterra. O primeiro, Jean Bodin, foi o pensador mais influente de sua geração no trato com a ainda incipiente Ciência Política (BODIN, 1966, p. 26), ao propor sua teoria institucional sobre a soberania (MOTTA, 2012, p. 161). A ideia de soberania transformou-se, como garantiu Cezar Saldanha Souza Junior, “na alavanca usada pelos estadistas europeus para fazerem a unificação” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 36) do poder.

2.2.2 Separação do Poder Legislativo

Na Inglaterra, base deste estudo, a ligação entre a Coroa e o Parlamento foi cultivada com grande habilidade até que ascendeu ao trono a família dos Estuardos (*Stuarts*), que era da Escócia. Durante esse reinado, as relações do rei com o Parlamento tornaram-se conflituosas até eclodir a insurreição civil que culminou com a Revolução Gloriosa³ de 1688-1689. Esse evento definiu a vitória dos representantes sobre a Coroa e a conquista definitiva da função deliberativa legislativa para o Parlamento, com a assinatura de um ato parlamentar, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*), em 13 de fevereiro de 1689 (TORRES, 1989, p. 276).

O doutrinador da autonomia do Poder Legislativo foi John Locke (1632-1704), principalmente com a argumentação por ele posta no seu Segundo Tratado sobre o Governo, publicado pela primeira vez em 1690, mas que fora composto⁴ entre os anos de 1679-1680 e, em sequência, difundido oficiosamente. No § 127 do Segundo Tratado, John Locke se referiu à evolução necessária que conduziria ao nascimento dos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo ele, os homens viviam em más condições no estado de natureza e, em função disso, foram levados a se unirem em sociedade e a se refugiarem sob leis “que a comunidade, ou aqueles por ela autorizados para tal fim, concordem devam vigorar. E aí encontramos o direito original e a origem dos poderes legislativo e executivo, bem como dos governos e das sociedades mesmos” (LOCKE, 2005, p. 497).

³ Gloriosa porque sem derramamento de sangue, com as decisões tomadas mediante consenso político no seio do próprio Parlamento, num processo aberto de convencimento.

⁴ Tese justificada por Peter Laslett e Richard Ashcraft na introdução da obra de John Locke, o Segundo Tratado sobre o Governo (LOCKE, 2005, p. 49).

O filósofo inglês, ao considerar que o Parlamento tem o direito de elaborar leis para todas as partes e para cada membro, entendeu e registrou no § 150 do Segundo Tratado que “enquanto subsistir governo, o Legislativo é o poder supremo. Pois o que pode legislar para outrem deve por força ser-lhe superior” (LOCKE, 2005, p. 519). Para Locke, “todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou partes da sociedade devem derivar do Parlamento ou ser-lhe subordinado” (LOCKE, 2005, p. 519). Na avaliação de John Locke, a função de confecção das leis não demandava que o Parlamento ficasse permanentemente reunido, nem isso seria politicamente conveniente, sendo que, conforme ensina no § 153, o poder de escolha deveria ser exercido pelo povo para dar nomes aos seus representantes (Cf. LOCKE, 2005, p. 522). Sobre o ponto, explicou Cezar Saldanha Souza Junior, “o próprio Legislativo está subordinado à comunidade, ao povo, pois a comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvar e guardar dos propósitos e atendados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 50).

Nessa fase, apesar de a função legislativa ter se apartado do Poder da Coroa, o sistema de governo ainda mantinha uma forte acumulação de funções, o que não era compatível com a garantia de liberdades e com a supremacia do direito. Na Grã-Bretanha, essa lacuna era minimizada porque a função judicial, que daria um equilíbrio maior ao sistema político, em grande parte era exercida pela sociedade nos tribunais do júri.

2.2.3 Separação do Poder Judiciário

O Judiciário como poder independente nasceu da necessidade de o Parlamento inglês solucionar, em definitivo, uma delicada questão sucessória da Coroa britânica, resolvida que foi pela aprovação do Ato do Estabelecimento de 12 de junho de 1701. Essa decisão legislativa garantiu aos juízes a vitaliciedade nos cargos enquanto demonstrassem zelo na função, somente podendo ser afastados por decisão das duas Casas do Parlamento, bem como assegurou que teriam vencimentos certos e fixos⁵.

O teórico clássico da tripartição de poderes foi Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, que tomou por base a experiência da Grã-Bretanha. Além de ter

⁵ *Act of Stablishment*. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em 10 jan. 2013.

tido acesso à literatura sobre a política inglesa (CHAVALLIER, 2002, p. 141), o filósofo francês residiu em Londres por dois anos, entre 1729 a 1731, conforme retratou cronologia contida na apresentação d'O *Espírito das Leis*, da lavra de Renato Janine Ribeiro (MONTESQUIEU, 2005, p. XL).

A filosofia política estruturada por Montesquieu era de cunho liberal e toda arquitetura de sua proposta tinha por fim a necessária garantia da liberdade em face do Poder do Estado (MONTESQUIEU, 2005, p. 166), diferentemente de John Locke, que pautava a separação de poderes com vistas ao fortalecimento do bem comum. Montesquieu não avaliava que liberdade seria fazer o que se quer, mas “o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se o cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder” (MONTESQUIEU, 2005, p. 166).

Com base na liberdade que encontrou na Inglaterra, Montesquieu propôs um modelo institucional que garantisse a harmonia na aplicação do poder político. No idioma francês há uma diferença nítida entre *puissance*, que é poder-função, e *pouvoir*, que é poder-orgânico. Na sua proposta, Montesquieu empregou os dois conceitos para dividir o Poder estatal entre o rei, o Parlamento e os juízes, conferindo a cada um deles uma função política pura, de forma a mais separada possível, classificando-as como função executiva, função legislativa e função judicial (MONTESQUIEU, 2005, p. 167-176). Essa classificação ternária, proposta por Montesquieu posicionava os três órgãos, com o exercício específico de três funções distintas, “em um mesmo plano de igualdade e hierarquia, reforçado com mecanismos adicionais de travamento” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 57), o que proporcionaria a independência entre os poderes.

Além disso, como limitação maior às decisões do Parlamento, o veto imposto pelo Executivo às proposições oriundas do Legislativo tinha a característica de ser definitivo. Montesquieu asseverou que se o Executivo “participasse da legislação com o poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que tome parte nela com a faculdade de impedir” (MONTESQUIEU, 2005, p. 175). O Executivo, de sua parte, tinha limites claros, vez que o Legislativo estabelecia o controle, tinha o direito

e a “faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas” (MONTESQUIEU, 2005, p. 174).

A América Latina importou, dos Estados Unidos, o modelo proposto por Montesquieu. No Brasil, Ruy Barbosa, maestro do processo de implantação do regime republicano, era um declarado admirador das formas de Estado e de Governo adotadas nos Estados Unidos da América. Os registros efetuados por Alexis de Tocqueville sobre a Democracia na América (1977), título de seu livro, impressionaram muito positivamente o pensamento de Ruy Barbosa, principalmente no tocante aos direitos de igualdade e liberdade. Ocorre, porém, que, quando esta moldura de tripartição dos poderes proposta por Montesquieu enfrenta um conflito político, as hipóteses de saída para o travamento que se estabelece são buscadas, normalmente, fora do modelo da independência dos poderes. O Brasil é um exemplo vivo desse impasse, produzido pela replicação de um modelo liberal sobreposto a uma Constituição de cunho nitidamente social.

A passagem do Estado Nacional Moderno, do século XVI, para o Estado de Direito, do século XVIII – que repousa na separação de poderes proposta por Montesquieu – com a independência das posições jurídicas do juiz, do administrador e do legislador, trouxe como consequências, segundo Cesar Saldanha Souza Junior, a criação de um novo ramo do direito, o direito constitucional, e a prática de duas novas técnicas: o controle jurisdicional da Administração e o controle de constitucionalidade das leis (SOUZA JUNIOR, 2002, 62). Por outro lado, a tripartição de poderes legou a países como o Brasil um Poder Executivo forte, que acumula as funções de Estado, Governo e Administração.

2.2.4 Separação do Poder Governamental

Com o advento da revolução industrial na Inglaterra, durante o reinado de Jorge III (1760-1820), novas necessidades sociais passaram a exigir do Poder Executivo – do rei hereditário e vitalício – ações de natureza prestacional que, por contrariar interesses, levavam ao desgaste da Coroa perante o povo. Tal situação de diversidade de interesses sociais em conflito conduzia o rei à tomada de decisões impopulares, com cobranças cada vez maiores de responsabilidade política, o que contribuiu decisivamente para a separação da função governamental da chefia de Estado (TREVELYAN, 1946, p. 507).

O pensador que propôs a tetrapartição dos poderes, com a distinção funcional e orgânica do novo Poder Governamental, também chamado de Poder Ministerial, retirado do bojo de competências do Rei, foi Henri-Benjamin Constant de Rebeque, ou simplesmente, Benjamin Constant (1767-1830)⁶. Conforme afirmou Edouard Laboulaye, na introdução da obra *Cours de Politique Constitutionnelle*, de Benjamin Constant, a separação da função ministerial do conjunto das funções tradicionalmente exercidas pelo Rei na monarquia foi defendida pela primeira vez por Benjamin Constant, em 24 de maio de 1814, com a publicação das *Refléxions sur les Constitutions et les Garanties avec une Esquisse de Constitution*⁷ (CONSTANT, 1872, p. XXVI). O contexto vivido por Benjamin Constant em 1814 era ainda o do trauma movido pelos horrores e contradições da Revolução Francesa de 1789. Nessas circunstâncias, o que propunha o filósofo francês era a institucionalização de um regime liberal, que valorizasse a participação popular e pudesse unir os franceses, pois ele acreditava na compatibilidade entre monarquia e liberalismo, no que chamou de monarquia constitucional (CONSTANT, 1872, p. 173).

Nessa proposta de Benjamin Constant, o Poder da Coroa – apeado da função de governo, cuja distinção do Poder Real passou a ser “a chave de toda a organização política” (CONSTANT, 1872, p. 21) –, ainda apresentava dois sentidos: de chefia de Estado, como um poder neutro, de última instância; e de chefia da Administração Pública, com a sua característica de imparcialidade. Benjamin Constant se referia ao Poder Real como o Poder Neutro, pois entendia que ele deveria ser “superior às doutrinas dos partidos e aos interesses seccionais da sociedade” (CONSTANT, 1872, p. 180-181).

O Brasil, nos anos de 1822 a 1824, quando passou de um Estado burocrático para um Estado Liberal, lançou-se diretamente da concentração para a tetrapartição de poderes, a despeito de que somente a partir de 1847, no reinado de Pedro II, a tetrapartição funcionaria como permitida pela Constituição de 25 de março de 1824 (JACQUES, 1987, p. 116), o que ocorreu com a aprovação do Decreto n. 523, de 20

⁶ O Brasil teve também um estadista de fama com o nome de Benjamin Constant. Trata-se de Benjamin Constant Botelho de Magalhães, positivista, referido no art. 8º das disposições transitórias da Constituição brasileira de 1891 como o fundador da República.

⁷ Em português: Reflexões sobre as Constituições e as Garantias acompanhadas de um Esboço de Constituição.

de julho de 1847, que criou o cargo de presidente do Conselho de Ministros e nomeou Francisco de Paula Sousa e Melo para a função⁸.

Tendo presente que o Chefe do Poder Executivo, no constitucionalismo brasileiro de 1988, tem como atribuição o desempenho da função governamental e da função de chefe de Estado – além da função de administração, que será vista no próximo tópico –, é de se questionar que chapéu o Presidente da República estaria usando quando, por exemplo, dificulta ou impede a tramitação de um projeto de lei no Congresso Nacional ou veta um dispositivo constante de uma matéria, alegando inconstitucionalidade por vício de iniciativa. Ele estaria desempenhando a função de chefe de Estado ou de chefe de governo? É possível apresentar uma resposta conclusiva a esta pergunta somente analisando o aspecto formal que envolve o caso?

Ora, se a resposta for de que ele está no desempenho da função governamental – que, pela doutrina de Benjamin Constant, implica discussão entre os representantes do povo (que sofrerá as consequências das decisões políticas), para a obtenção de uma solução de consenso, de maioria, com palavra e voto dados à minoria –, todos esses movimentos do Poder Executivo, que digam respeito à reserva de iniciativa legislativa, podem e devem ser discutidos pelo Parlamento, como já ocorre com o veto presidencial que, no constitucionalismo brasileiro, não é definitivo.

2.2.5 Separação do Poder Administrativo

A evidência da necessidade de a função administrativa tomar corpo independente surgiu com o fenômeno da racionalização do poder (MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1933, p. 30) e com a especialização de funções derivadas da passagem do Estado Liberal para o Estado Social. O Estado Liberal, que de um modo geral, na Europa ocidental, teve vida pujante até a primeira guerra mundial, trouxe para a sociedade os valores maiores de liberdade, igualdade, supremacia do direito formal e segurança jurídica. Tal progresso permitiu expressiva prosperidade econômica, fruto da aceleração técnico-científica, mas levou a um aumento significativo da população das cidades, composta em maioria das pessoas das

⁸ Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1847-07-20;523>>. Acesso em 13 jan. 2013.

classes mais pobres, o que passou a gerar grandes desigualdades sociais e a consequente busca por condições de vida mais dignas (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 26-27).

A instituição do Poder Político da Administração teve como fundamento doutrinário a tese da legitimidade legal burocrática de Max Weber. Em seus estudos, Weber procurou investigar os motivos sociológicos que alimentavam a crença de que o poder deveria ser espontaneamente obedecido pelos membros de uma sociedade (WEBER, 1993, p. 706). O primeiro motivo estaria no plano da vontade, fruto da força do hábito social que se transformava em costume com o tempo, denominado por ele de legitimidade tradicional. O hábito de obediência sustentava a crença social na aceitação da ordem posta pelos patriarcas. A sociedade, então, obedecia ao poder pela força do hábito (WEBER, 1993, p. 753). O segundo motivo tinha lugar no plano da sensibilidade, na força dos sentimentos coletivos motivados por qualidades indefiníveis do líder que atraem espontaneamente a adesão das massas, no que chamou de legitimidade carismática. Nessa segunda linha, a coletividade obedecia ao poder pelas qualidades misteriosas do líder (WEBER, 1993, p. 847).

O terceiro motivo operava no campo da racionalidade, ocorrendo em sociedades amadurecidas, capazes de compreender, analisar e tomar decisões as mais acertadas, no que Max Weber chamou de legitimidade racional. Essa era a legitimidade que sustentava os regimes democráticos, uma vez que, além de racional, era, também, legal (WEBER, 1993, p. 716). E, assim o era, a legitimidade racional, por duas razões sociológicas. A primeira dizia respeito à constatação de que a sociedade obedecia sociologicamente os dirigentes em função de eles assumirem e exercerem o poder em conformidade com os preceitos contidos na Constituição e nas leis. A segunda razão de ser da legitimidade racional legal encontrava-se no fato de a Constituição e as leis que continham as normas básicas sobre o poder, seguidas por todos, inclusive pelos dirigentes, decorrerem, conforme crença arraigada na sociedade, da anuência racional de toda a coletividade (WEBER, 1993, p. 752).

No desenho institucional apresentado por Max Weber, burocratização, socialização e democratização são inseparáveis. A burocracia é remunerada pela

sociedade para preservar os interesses gerais, públicos e impessoais do Estado, consolidando-se como função independente na aplicação do direito e na execução das políticas públicas. Necessita, pois, de autonomia de poder político para atuar de forma independente em face das reais interferências político-partidárias (WEBER, 2002, p.140). A separação, de forma mais clara e definida, da função administrativa das funções de governo e de chefia de Estado propiciou um melhor controle jurídico dos atos administrativos, o que carregou de maior responsabilidade as decisões político-partidárias, que passaram a ser tomadas com maior transparência, podendo ser mais bem avaliadas pelo eleitorado (WEBER, 2002, p. 152).

Não obstante todas essas constatações, merece um comentário, para prosseguimento do tema, a aplicação da argumentação teórica de Max Weber no Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil pela Constituição de 1988. A função administrativa destacada por Weber, desempenhada pelos servidores públicos disseminados pelos órgãos da Administração Pública de todos os outros poderes, presta serviço ao Estado de forma imparcial, objetiva e apartidária. No modelo elaborado por Max Weber, o Poder Administrativo tem como dirigente o chefe do Estado que, na proposta, desempenha função carregada de neutralidade política, porque comprometida apenas com a garantia das regras do processo democrático (WEBER, 2002, p. 153). Porém, se o chefe de Estado é também o chefe de Governo, representante maior de um partido ou de uma coligação de partidos, como no Brasil, a estrutura pensada por Weber não se completa, não encontra a sua chave de fechamento. Como consequência, há o risco sempre presente de politização partidária das cúpulas da burocracia que servem aos poderes, perdendo esta a sua função principal, que é colocar o interesse público, do Estado, acima das paixões e das ofertas político-partidárias.

Na sequência deste trabalho de pesquisa, outro ponto que vai merecer um desenvolvimento apropriado será a verificação de que, praticamente, todas as limitações impostas ao Poder Legislativo pela reserva de iniciativa na apresentação de projetos de lei, prevista no art. 61, § 1º, da Constituição Federal de 1988, estão ancoradas em temas ligados ao Poder Administrativo chefiado pelo Presidente da República.

2.2.6 Separação do Poder de Garantia da Constituição

Em 1925, com a publicação da obra *Allgemeine Staatslehre*⁹, Hans Kelsen apresentou os traços gerais de uma teoria geral do Estado, com o pensamento já voltado para a confecção de uma teoria jurídica pura, conforme afirmou no prefácio de seu livro de 1934, a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1998, p. XI). Nesta obra, ele propôs uma nova concepção de ordenamento jurídico, escalonado e piramidal, no qual a Constituição representava o escalão de direito positivo mais elevado. Kelsen visualizava que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 1998, p. 247).

A jurisdição constitucional, que tem no Tribunal Constitucional seu instrumento mais aperfeiçoado, é a síntese da supremacia do direito. Um dos pontos centrais do constitucionalismo é a busca do equilíbrio entre a governabilidade do país e a separação de poderes. No constitucionalismo surgido após 1945, as questões constitucionais e a arbitragem do jogo político tornaram-se tão complexas que o poder remanescente, o poder do Chefe de Estado, proposto por Benjamin Constant como o árbitro dos outros poderes – não sendo um especialista em direito constitucional nem atuando em conselho – não conseguia mais responder às atribuições para ele pensadas na tetrapartição de poderes (SOUZA JUNIOR, 2002, 80).

A instituição do Tribunal Constitucional, para realizar, com exclusividade e de forma concentrada, o controle de constitucionalidade, solução apresentada por Hans Kelsen – inspirado no Tribunal do Império Austro-Húngaro e em ideia expressada por Jellinek, em 1885 (HORTA, 2010, p. 149) –, caiu como uma luva para responder a duas necessidades: solucionar situações de conflito que produzam estagnação governamental; e oferecer uma compensação quando há um excessivo poder de um governo que esteja apoiado por esmagadora maioria parlamentar (ACKERMAN, 2000, p. 634).

Kelsen tinha presente que o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelos Estados Unidos da América – cuja realidade social e histórica de

⁹ Na língua pátria: Teoria Geral do Estado (KELSEN, 1959).

formação de suas instituições, de singularidade ímpar, que no campo jurídico empregava o sistema da *common law* – não poderia ser transplantado para os países europeus, que adotavam o modelo romano-germânico da *civil law*. Entendia, também, discordando de Carl Schmitt, que a defesa da Constituição não deveria caber exclusivamente ao Chefe de Estado, mesmo este sendo eleito diretamente pelo povo, pois a prática tinha mostrado que tal função nada tinha de neutra, uma vez que participava ativamente da luta partidária (KELSEN, 1995, p. 42). A argumentação de Carl Schmitt de que comissionar a função de guardião da Constituição ao Tribunal Constitucional iria politizar o Poder Judiciário e, em consequência, destruir os pilares do Estado (SCHMITT, 1983, p. 48) não se aplicava ao caso, porque o novo órgão de jurisdição constitucional não integraria o Poder Judiciário, mas um poder político independente de todos os outros (KELSEN, 1995, p. 45).

A despeito dos dados apresentados, que justificam a adoção da hexapartição de poderes, a Constituição de 1988 manteve intocada a tripartição clássica, proposta por Montesquieu em 1748, sem considerar a evolução jurídico-política experimentada pela sociedade ocidental nos últimos 240 anos. O Presidente da República permanece com uma plethora de poderes distintos e conflitantes, na medida em que engloba as funções de Chefe de Estado, Chefe de Governo e Chefe da Administração Pública. Desempenhando a função de Chefe de Estado, o Chefe do Poder Executivo tem como atribuições a condução estratégica das áreas de relações exteriores e de defesa. Doutrinariamente, ele, como Chefe de Estado seria também dotado da neutralidade política para acomodar os conflitos entre os Partidos da Situação e da Oposição. Porém, como ele é, também, o Chefe do Governo – participe mais que interessado na aprovação de suas propostas de políticas públicas e na continuidade de seu partido no poder – ele fica sem condições de realizar a função de arbitragem do jogo político, que hoje está exclusivamente na mão do Poder Judiciário.

Além disso, o exercício da função governamental pelo Presidente da República, função essa de cunho eminentemente político-partidário, não se coaduna, principalmente na cultura ibero-americana, com a chefia da Administração Pública, que requer um desempenho apartidário, com autonomia em face de ideologias de ocasião e legitimidade para atuar livre de manipulações, uma vez que

o exercício da Administração tem por características a impessoalidade, a imparcialidade e a objetividade na aplicação do ordenamento jurídico. A concentração do Poder Governamental e do Poder Administrativo na chefia do Poder Executivo tem consequências para o tema discutido neste trabalho e será esmiuçada no próximo capítulo.

2.3 Poderes políticos sob o crivo de Karl Loewenstein

2.3.1 Visão pragmática do processo político

2.3.1.1 Poder no processo político

Karl Loewenstein¹⁰ entendia que para estudar o poder não bastava realizar uma radiografia do processo político legalmente instituído, pois o tema extrapolava o campo do direito, mas sim guiar-se por análise pragmática que revelasse as ligações entre a política e os procedimentos governamentais¹¹. Ele via as relações que envolviam os três elementos entrelaçados que dominavam a vida do ser humano em sociedade – o amor, a fé e o poder – como um mistério que precisava ser desvendado. Porém, essa tríade não poderia ser percebida em sua essência – o homem não tem acesso direto a essas substâncias imateriais –, sendo observáveis apenas por suas manifestações, seus efeitos e seus resultados¹².

Essa tríade de motivações humanas – o poder da fé, o poder do amor, o amor ao poder e a fé no poder –, explicou Karl Loewenstein (1957, p. 3), tinha uma importância decisiva para o estudo do campo sociopolítico. Política, para ele, não era outra coisa senão a luta pelo poder¹³. A análise do poder político, que ao longo do tempo vinha sendo efetuada sob o ponto de vista histórico, procurando qualificar preferencialmente o tipo de governo em função de seus instrumentos institucionais,

¹⁰ Karl Loewenstein (München/1891 – Heidelberg/1973) exilou-se nos Estados Unidos da América, em 1933, após a chegada do Partido Nazista – Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) – ao poder na Alemanha. Este trabalho de pesquisa incide sobre o texto original de sua obra *Political power and the governmental process*, publicada no final do ano de 1957. Posteriormente, em 1959, essa obra foi traduzida para o alemão e publicada sob o título *Verfassungslehre* e, com base no texto em alemão, foi feita a tradução para o castelhano e publicada em 1964, com o título de *Teoría de la Constitución*. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 7-10).

¹¹ Assim, externou sua intenção: “presentes the pragmatic frame of the process of political power in relation to the process of government.” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 17).

¹² “All that humans are able to do in understanding the forces of love, faith, and power is to register and evaluate their manifestations and results. Man can realize what they do, but he cannot grasp what they are” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 3).

¹³ “Politics is nothing else but the struggle for power” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 3).

não respondia, na visão de Karl Loewenstein (1957, p. 4), às necessidades práticas de seu conhecimento, pois esse poder passara a ser considerado a infraestrutura dinâmica das instituições sociopolíticas¹⁴.

Considerando ser o poder um fenômeno que escapava do conhecimento humano, o poder político, como todo poder, somente poderia ser conhecido, observado, explicado e valorado em função de suas manifestações e resultados¹⁵. Esse poder, que para Loewenstein, é uma relação sociopsicológica (1957, p. 6), aparece na sociedade estatal como o exercício de um efetivo controle social dos detentores do poder sobre os destinatários do poder, entendido esse controle social como sendo a função de tomar ou determinar uma decisão, bem como a capacidade de os detentores do poder obrigar os destinatários a obedecer à dita decisão¹⁶.

Karl Loewenstein trouxe, também, o conceito de processo de poder, que será útil para o prosseguimento do estudo, afirmando que, no Estado constitucional e democrático, a essência do processo de poder consistia na tentativa de estabelecer um equilíbrio entre as diferentes forças pluralistas que se encontram competindo dentro da sociedade estatal, respeitando-se, todavia, o livre desenvolvimento da personalidade humana¹⁷. Nesse processo, o poder não só opera na vinculação entre os seus detentores e os seus destinatários, mas também nas relações entre os diferentes detentores (LOEWENSTEIN, 1957, p. 7). Para compreender a natureza de um sistema político, é necessário identificar como os detentores do poder são alçados a suas funções; como o poder, depois de obtido, é exercido; e como será controlado o exercício do poder. Essa última questão, que dissecava as limitações do poder, para Karl Loewenstein, é o núcleo essencial do Estado Constitucional (LOEWENSTEIN, 1957, p. 7).

¹⁴ Conforme disse Karl Loewenstein: "More and more, power is being considered the dynamic infrastructure of sociopolitical institutions" (1957, p. 4).

¹⁵ Nas palavras de Karl Loewenstein: "Political power is discernible, observable, explainable, and evaluable only by its external manifestations and realizations" (1957, p. 5).

¹⁶ "Political power denotes, within the state society, the exercise of effective social control of the power holders over the power addressees. Social control, in the narrower sense of contemporary political science, is the policy-making or policy-deciding function and the ability of the power holders to make the power addressees obey the policy decision" (LOEWENSTEIN, 1957, p. 6-7).

¹⁷ Nas palavras de Karl Loewenstein: "In the modern democratic-constitutional state the essence of the power process consists in the attempt to establish an equilibrium between the various competitive plural forces within the state society, with due regard to the free unfolding of the human personality" (LOEWENSTEIN, 1957, p. 7).

Como o poder tende a corromper-se¹⁸, o Estado organizado – melhor dizendo, a comunidade organizada – exige, de maneira imperativa, que o exercício do poder político, tanto no interesse dos detentores quanto no dos destinatários, seja restringido e limitado. Limitar o poder político significa limitar a ação dos detentores do poder, sendo esse ponto o cerne do constitucionalismo na história antiga e moderna da política (LOEWENSTEIN, 1957, p. 9). A Constituição, como documento formal, é o melhor meio para evitar o abuso do poder político por parte de seus detentores, pois encerra um acordo da comunidade sobre uma série de regras fixas que obrigam tanto os detentores quanto os destinatários do poder (LOEWENSTEIN, 1957, p. 9).

Para qualquer comunidade estatal, o controle que se exerce sobre os detentores do poder é uma questão central para a consecução dos valores e ideologias fundamentais dessa sociedade. Essa questão se abre em duas vertentes: de um lado, os detentores do poder necessitam da devida autoridade para cumprir os objetivos e finalidades do Estado; de outro, é indispensável que a liberdade dos destinatários esteja garantida em face da autoridade dos detentores do poder¹⁹.

Para Karl Loewenstein, a introdução nessa discussão de um conceito novo para sistema político, abriria um caminho mais apropriado para o estudo do fenômeno do poder. Ele definiu que, num sentido amplo, um sistema político poderia ser identificado por todo Estado como um relacionamento estabelecido entre os detentores e os destinatários do poder na forma de instituições permanentes governamentais (LOEWENSTEIN, 1957, p. 9). Esse conceito, suscetível de aplicação em qualquer Estado, não permitia, porém, verificar as diferenças entre os sistemas políticos. A chave para tal diferenciação residia no estudo das ideologias e das instituições típicas que exerciam o poder, com a análise das funções que desempenhavam na sociedade estatal (LOEWENSTEIN, 1957, p. 10).

¹⁸ Loewenstein chega a falar em caráter demoníaco do poder para discorrer sobre a dificuldade que os detentores enfrentam para resistir à tentação sofrida de abusar do poder (Cf. LOEWENSTEIN, 1957, p. 8-9).

¹⁹ Na redação de Karl Loewenstein: “Beyond this, the issue of the control of the power holders is one of the sociopolitical values or ideologies underlying any specific state society. The authority of the power holders is indispensable for carrying out the purposes of the state society, on the one hand; the liberty under authority of the power addressees is equally indispensable, on the other” (1957, p. 9).

As instituições típicas, para Loewenstein, eram todos os instrumentos que exerciam o poder na sociedade organizada em Estado, tais como, o Governo, o Parlamento, as Cortes de Justiça, a Administração Pública, a Polícia e os Partidos Políticos. A ideologia, por seu turno, poderia ser definida como um consistente e integrado modelo de pensamentos e crenças que explicavam a atitude do homem frente à vida e à sua existência em sociedade, bem como conduziam a um padrão determinado de conduta e de ação realizados com base nesses pensamentos e crenças (LOEWENSTEIN, 1957, p. 10).

As instituições estavam impregnadas de ideologias e, na visão de Karl Loewenstein, esta constatação merecia uma melhor atenção dos estudiosos. Ele afirmou que era rara a existência de instituições com uma finalidade estritamente utilitária. Poucas eram indiferentes ou neutras frente aos valores ideológicos das organizações políticas (LOEWENSTEIN, 1957, p. 11). Em virtude dessa correspondência entre instituições e ideologias, observava-se que instituições que se desenvolviam num ambiente ideológico específico, para cujo serviço foram criadas, perdiam suas identidades funcionais quando eram transplantadas para sistemas políticos com diferentes ideologias²⁰. Levando em conta essas observações, Karl Loewenstein propôs um novo significado para o conceito de sistema político: “uma sociedade estatal impregnada por uma concreta ideologia – política, socioeconômica, ética ou moral-religiosa – a qual correspondem específicas instituições destinadas a realizar a ideologia dominante” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 11, tradução nossa).

O sistema político do constitucionalismo democrático incluía, conforme explicou Karl Loewenstein, diferentes tipos de governo²¹ que, segundo o modo de interação entre os diversos detentores de poder na formação da vontade estatal, eram institucionalizados como presidencialismo, parlamentarismo com supremacia da assembleia ou do gabinete, governo de assembleia, governo ditatorial,

²⁰ Disse Karl Loewenstein: “From this intimate correspondence of institution and ideology stems the much observed experience that institutions developed in a specific ideological environment and serviceable to it lose their functional identity when mechanically transplanted to an ideologically different political system” (1957, p. 11).

²¹ Sobre sistema político e tipo de governo, Karl Loewenstein apresentou e explicou a terminologia que julgava mais adequada: “In the following discussion, therefore, for the sake of terminological precision, the term ‘political system’ refers to the ideological structure, while the term ‘pattern of government’ or ‘political regime’, refers to the concrete institutionalization of the political system in a particular state society” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 12).

democracia direta ou democracia semidireta. O ponto comum desses tipos de governo do constitucionalismo democrático era que todos estavam inspirados na mesma ideologia que considerava a vontade popular como o poder supremo da nação (LOEWENSTEIN, 1957, p. 11-12).

No tocante à distribuição ou à concentração do exercício do poder, Karl Loewenstein considerava que a diferença básica entre os vários sistemas políticos consistia em verificar se, nos diversos estágios do processo governamental, o poder político era distribuído entre vários e independentes detentores ou se o poder político estava concentrado e monopolizado por um único detentor, que poderia ser um indivíduo (o ditador), uma assembleia, a comunidade, uma junta ou um partido (LOEWENSTEIN, 1957, p. 12).

O critério de divisão ou concentração do poder deveria ser testado, conforme afirmou Karl Loewenstein, em todos os estágios do processo governamental. Não bastaria, por exemplo, analisar apenas a forma por meio da qual os detentores assumem o poder, se mediante eleições gerais livres entre os candidatos escolhidos também livremente pelos membros dos diversos partidos políticos ou se ascendem ao poder pela força de uma revolução ou de eleições manipuladas. Seria necessário estudar se no exercício do poder, por exemplo, a função legislativa estaria sendo realizada conjuntamente pelo Parlamento e pelo Governo ou por duas câmaras parlamentares ou se, pelo lado da concentração, haveria um monopólio do Legislativo ou do Governo na condução do processo legislativo (LOEWENSTEIN, 1957, p. 13). Em razão das diversas variações de cada tipo de governo e das interações existentes entre elas, a análise para averiguar a distribuição real do processo de poder seria melhor conduzida se estudasse os detalhes que envolvem cada caso concreto²².

2.3.1.2 Detentores do poder

A avaliação crítica feita por Karl Loewenstein sobre a identidade dos detentores do poder é de importância capital para este trabalho de pesquisa. Segundo ele, para identificar, em cada caso, quem eram os detentores do poder, o jurista constitucional precisaria estar acompanhado de um sociólogo com

²² Na redação de Karl Loewenstein: "There exist, of course, many variants of either type of state organization, and much cross-fertilization between them is frequent, requiring in each individual case an analysis of the actual reality of the power process" (LOEWENSTEIN, 1957, p. 13).

conhecimentos de ciência política. A realidade do processo de poder orientava para uma distinção pragmática entre aqueles órgãos do Estado que detinham e exerciam o poder em virtude de uma investidura constitucional – os detentores do poder oficiais, legítimos e visíveis – e aqueles que influenciavam e determinavam o processo de poder de maneira não oficial, indireta e, frequentemente, à margem do texto constitucional, nomeados por Loewenstein como detentores do poder não oficiais e invisíveis²³.

Os detentores do poder oficiais e visíveis eram, na doutrina de Karl Loewenstein, os órgãos, as agências e seus servidores que tinham a responsabilidade, recebida normalmente da Constituição do Estado, de desempenhar funções específicas como representantes (em nome) da comunidade estatal. No constitucionalismo democrático, o poder político por eles exercido, por estar atrelado à função pública, e somente a ela, era despersonalizado, ou seja, deveria estar totalmente separado da pessoa que se encarregava da incumbência prevista no texto constitucional (LOEWENSTEIN, 1957, p. 14).

Karl Loewenstein reconhecia, inicialmente, a existência de quatro detentores oficiais e visíveis do poder. O primeiro deles era o Governo que, identificado por Loewenstein como o mais imprescindível de todos, tinha a responsabilidade pelo exercício das funções de decisão política e de execução política. O segundo detentor oficial e visível do poder era o Parlamento, órgão representante dos destinatários do poder, que era, primariamente, encarregado pelas funções de legislar para o Estado e de realizar o controle das funções de Governo. Karl Loewenstein acrescentou que o Parlamento somente tornou-se o genuíno representante da maioria da população quando, com a extensão do sufrágio, de restrito a determinadas classes, para universal, sua composição passou a corresponder às tendências políticas que, reflexo da atuação dos partidos políticos, existiam dentro do eleitorado (LOEWENSTEIN, 1957, p. 15).

²³ Conforme definiu Karl Loewenstein: “Who are the power holders? To answer this question, the constitutional lawyer must ally himself with the political sociologist. The reality of the power process suggest a pragmatic distinction between those organs of the state that hold and wield political power by virtue of constitutional investiture – the official, legitimate, visible power holders – and those that influence and determine the power process unofficially, indirectly, and often extraconstitutionally – the unofficial and invisible power holders” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 14).

Karl Loewenstein identificou o terceiro grupo de detentores visíveis do poder como sendo os próprios destinatários do poder, organizados como eleitorado em estruturas de partidos políticos, elevados ao grau de independentes detentores do poder pela participação direta no processo político por meio das eleições, dos referendos e do impacto da opinião pública sobre os outros detentores do poder²⁴. Por fim, como quarto grupo de detentores oficiais e visíveis do poder, Karl Loewenstein avaliou que deviam ser consideradas as Cortes de Justiça, não nas suas funções subordinadas de aplicar a lei aos casos concretos geradores de conflitos de interesses²⁵, mas quando, em situação extraordinária, adquirem o direito independente de invalidar a legislação aprovada pelo Parlamento e endossada pelo Governo, por meio da realização do controle de constitucionalidade das leis²⁶.

Além dos citados detentores oficiais e visíveis do poder – o Governo, o Parlamento, o Eleitorado e as Cortes de Justiça, quando no controle de constitucionalidade das leis –, Karl Loewenstein advogou que, mesmo sendo ignorados pela maior parte das Constituições de então, os partidos políticos deveriam ser incluídos nesse rol, como legítimos detentores do poder na moderna comunidade de massa. Isto porque os partidos políticos eram indispensáveis ao processo político de todos os Estados contemporâneos, em virtude de sua capacidade, como formadores de opinião, de mobilizar e motivar os destinatários do poder para o desempenho da sua função de eleitores (LOEWENSTEIN, 1957, p. 15).

²⁴ Dentro da visão pragmática que procurava passar, Karl Loewenstein caracterizou o eleitorado como sendo um detentor oficial e visível do poder político, ao lado (e no mesmo nível) do Governo, do Parlamento e das Cortes de Justiça, estas quando no desempenho do controle de constitucionalidade, da seguinte forma: “In this case the power addressees themselves, organized as the electorate in cadres of political parties, rise to the rank of an independent power holder, directly participating in the political process through elections, referendal procedures, and the impact of public opinion on all other established power holders” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 15).

²⁵ Karl Loewenstein (1959, p. 8) explicou, no prefácio da edição alemã do seu livro *Verfassungslehre*, traduzido para o castelhano sob o título de *Teoría de la Constitución*, que esta sua obra era dirigida ao leitor norte-americano e tomava por base a ciência política vivenciada nos Estados Unidos da América. Ora, na linha do que propôs John Locke, Loewenstein entendeu – com foco na prática de fato e na dinâmica real de atuação de magistrados e de Tribunais de Justiça nos Estados Unidos, que empregavam o sistema da *common law* – que a função judiciária era apenas de aplicação do costume, do precedente, ao caso concreto, ou seja, uma função executiva realizada em nome da comunidade, não constituindo, portanto, um poder independente. Quando, porém, as Cortes atuavam no controle de constitucionalidade, aí sim, elas eram alçadas à qualidade de detentoras do poder.

²⁶ Na redação de Karl Loewenstein: “The courts are to be considered a legitimate power holder under the exceptional situation when, instead of being merely charged with the subordinate function of applying the law to the disputes arising under them, they acquire the independent right of invalidating legislation indorsed by both parliament and government” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 15).

Os detentores do poder oficiais, legítimos e visíveis podiam ser identificados sem dificuldade no texto da Constituição. Isso não acontecia, consoante observação de Karl Loewenstein, com os detentores do poder invisíveis, não oficiais e ilegítimos, que requeriam para sua localização e identificação, em cada caso, uma análise sociológica da realidade do processo de poder. Para ele, descobri-los seria como tentar identificar o manipulador dos fios que, nos bastidores, move as marionetes ou como abrir uma caixa chinesa que tem no seu interior outra caixa menor e assim por diante, numa cadeia sem fim de ilusão e realidade. Por vezes, o detentor não oficial do poder é um conselheiro pessoal de um detentor legítimo do poder, cuja capacidade de persuasão está ligada a um cargo que desempenha; noutras, é uma eminência parda, cuja influência permanece oculta no lusco-fusco do anonimato (LOEWENSTEIN, 1957, p. 16).

As influências de detentores invisíveis no processo de poder, que passavam ao largo da regulação constitucional, desafiava, segundo Karl Loewenstein, qualquer classificação. Se identificá-los já era difícil, muito mais seria perceber, num primeiro momento, as suas influências e manobras. Na sociedade tecnológica de massas que surgira na década de 1950, um novo tipo de detentores do poder não declarados tomou corpo na forma de grupos plurais (grupos organizados de interesses) que tinham acesso e buscavam dominar os meios de comunicação de massas (LOEWENSTEIN, 1957, p. 16). Para Loewenstein, o fenómeno político mais significativo da sociedade tecnológica de massas da época era, em comparação com períodos anteriores, a infiltração e a penetração no processo político de grupos plurais e de seus pontas de lança, os grupos de pressão e os *lobbies*²⁷.

Como, no constitucionalismo democrático, os destinatários foram guindados a detentores do poder político, quando analisados como eleitorado, a formação da opinião pública e sua modelagem tornaram-se o aspecto mais importante da dinâmica do poder na sociedade pluralista contemporânea (LOEWENSTEIN, 1957, p. 16-17). Consequentemente, na sociedade contemporânea, os detentores invisíveis do poder deveriam ser identificados como os grupos plurais que

²⁷ No dizer de Karl Loewenstein: "In our technological mass society a new pattern of the invisible power holders has arisen in the form of plural groups and their access to the mass-communication media. The infiltration and penetration of the plural groups and their action spearheads – the pressure groups and lobbies – are, in comparison with previous periods, perhaps the most significant phenomena of the political process in our technological mass society" (LOEWENSTEIN, 1957, p. 16).

coordenavam a lealdade dos seus membros, apoiadores e simpatizantes, bem como os seus pontas de lança – grupos de pressão e *lobbies* –, que buscavam o comando e o controle da mídia de massa, com o objetivo de modelar a opinião do eleitorado em função dos seus interesses (LOEWENSTEIN, 1957, p 17). Fruto dessa análise, Karl Loewenstein avaliava que, para se qualificar o caráter de um sistema político era necessário verificar se o acesso aos meios de comunicação de massa, bem como seu uso estavam igualmente divididos por todos os detentores do poder e grupos plurais ou se estavam nas mãos de um único detentor do poder ou de privilegiados grupos plurais²⁸.

2.3.2 *Divisão de funções políticas*

2.3.2.1 **Conceito obsoleto de separação de poderes**

No que tange à distribuição e à concentração do exercício do poder político, Karl Loewenstein propôs um reexame crítico de um dos mais celebrados conceitos do constitucionalismo moderno: a separação de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. Este conceito, elevado a princípio jurídico, tem feito parte de diversas constituições redigidas após a Segunda Guerra Mundial, desconsiderando inteiramente o fato de que tal doutrina, no século XX, tornou-se obsoleta e afastada da realidade (LOEWENSTEIN, 1957, p. 35). Basta uma olhadela no padrão mais comum de governo, o parlamentarismo, para comprovar que os detentores dos poderes Executivo e Legislativo não necessitavam estar separados nem pessoal nem funcionalmente, pois, no exemplo, os membros do Governo eram, também, membros do Parlamento, desenvolvendo suas funções de forma integrada²⁹.

Karl Loewenstein considerava que a chamada separação de poderes importava ser entendida não como uma independência de poderes, mas como uma necessidade que o Estado tinha de realizar várias atividades, ou seja, o problema

²⁸ Conforme externou Loewenstein: “The character of a political system is largely determined by whether the access to and the use of the communication media are equally shared by all power holders and plural groups or by whether they are concentrated in the hands of the single power holder and privileged plural groups” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 17).

²⁹ Karl Loewenstein desconstrói a fabulização que envolve o princípio da independência dos poderes: “A mere glance at what is today the most common pattern of government, parliamentarism, should have convinced the constitutional medicine men that the legislative and executive power holders are no longer separated, neither in their persons nor even in their functions. The members of the government are members of the parliament; the government is integrated in the parliament. But it is readily granted that old doctrines are not easily discarded and that the reason for the conservatism of the new constitutions lies in the almost insurmountable difficulties of formulating the new power configuration in the intelligible constitutional terms” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 35).

técnico da divisão do trabalho, e de que a partilha dessas atividades por diferentes órgãos estatais era benéfica para os destinatários do poder, uma vez que o *télos* ideológico da doutrina de separação dos poderes era a liberdade das pessoas (LOEWENSTEIN, 1957, p. 35). O conceito da separação de poderes, como entendeu Loewenstein, era simplesmente a maneira clássica de formular a necessidade da divisão e do controle mútuo do exercício do poder político³⁰. Ele afirmou, fechando essa ideia, que o “que informalmente e erroneamente se reputava como separação de poderes era operacionalmente apenas a distribuição de funções específicas de Estado entre os diferentes órgãos estatais” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 36, tradução nossa). Numa análise realista e objetiva, Karl Loewenstein defendia a adoção da expressão separação de funções em lugar de separação de poderes, pois o termo poderes, firmemente estabelecido na doutrina, ele o avaliava, no contexto, como meramente figurativo (LOEWENSTEIN, 1957, p. 36).

É bom ter em mente, explicou Karl Loewenstein, que a doutrina que postulava a necessidade de se repartir as funções de Estado entre vários segmentos substantivos e distribuí-las por diferentes detentores não era essencial para o exercício do poder político nem era uma verdade por si só evidente e válida para todo o tempo. A criação da teoria da separação de funções foi condicionada pelo tempo e pelo contexto, marcado este pelo protesto ideológico do liberalismo político em face do absolutismo real dos séculos XVII e XVIII. Ela foi derivada, portanto, da necessidade ideológica de estabelecer e preservar a liberdade individual (LOEWENSTEIN, 1957, p. 36).

Karl Loewenstein considerou que nada era mais difícil do que desalojar um modelo entrincheirado no pensamento como a doutrina da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que era a mais consagrada da teoria e prática constitucional. Não obstante, ele julgava que deveria propor uma nova análise do processo de poder que fosse mais harmonizada com as realidades da sociedade pluralista de massas do século XX (LOEWENSTEIN, 1957, p. 42). Para tanto, apresentou uma nova tripartição, não de poderes, mas agora de funções³¹: função

³⁰ No entendimento de Karl Loewenstein: “The separation of powers is merely the classical way of formulating the need for the shared and mutually controlled exercise of political power” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 35-36).

³¹ Karl Loewenstein apresentou, como disse, “a new analysis of the process of political power that is attuned to the realities of the pluralist mass society of the twentieth century. A new tripartism is

de decisão política (*policy determination*); função de execução política (*policy execution*); e função de controle político (*policy control*).

2.3.2.2 Função de decisão política (*policy determination*)

A função de decisão política, ou de determinação política, refere-se às principais escolhas da política que a comunidade estatal é chamada a tomar para o tempo presente ou para o futuro próximo. Trata, portanto, de determinações fundamentais relativas à política exterior ou a assuntos internos, de natureza política ou socioeconômica ou, até, moral, quando digam respeito a temas religiosos (LOEWENSTEIN, 1957, p. 43). A decisão política principal com que uma nação é confrontada é a escolha de seu sistema político e, uma vez escolhido este, a forma de governo sob a qual pretende viver. Tais decisões devem ser deixadas sob responsabilidade do poder constituinte do povo e não devem ser impostas pela força (LOEWENSTEIN, 1957, p. 43).

Na Constituição da Nação devem constar, segundo Karl Loewenstein, as principais decisões políticas do tipo se a nação adotará a monarquia constitucional ou a república, o parlamentarismo ou o presidencialismo (LOEWENSTEIN, 1957, p. 43). Como são raros os momentos em que o poder constituinte é reunido para redigir ou alterar o texto da Constituição, o comum é a tomada de decisões políticas sempre que um conflito de interesses ou de ideologias requeira uma solução, obrigando, normalmente, ao estabelecimento de um compromisso³². Numa sociedade pluralista governada com base na interação dos detentores do poder com a opinião pública, um indicativo de que se está diante de uma decisão política fundamental é o interesse despertado no público pelo assunto e o possível impacto da medida discutida nas variadas e diferentes camadas da sociedade (LOEWENSTEIN, 1957, p. 44).

As decisões políticas, conforme observação de Karl Loewenstein, são formuladas, relativamente, por um número pequeno de pessoas, com um papel predominante das elites e das oligarquias na conformação do processo político de

suggested, based on the distinction between policy determination, policy execution, and policy control" (LOEWENSTEIN, 1957, p. 2).

³² Na redação de Karl Loewenstein: "Otherwise major policy decisions are called for whenever the clash of plural interests and ideologies requires a solution which, more often than not, must be compromise" (LOEWENSTEIN, 1957, p. 43)

qualquer sociedade estatal. Embora a decisão política frequentemente possa ser inspirada e influenciada por detentores invisíveis do poder, sua formalização, discussão e aprovação são incumbências dos legítimos detentores do poder, ou seja, do Governo e do Parlamento (LOEWENSTEIN, 1957, p. 44).

Dependendo do modelo de governo em vigor, a iniciativa para discussão da política, observou Karl Loewenstein, poderá partir do Governo ou do Parlamento. É certo, porém, que seja inerente ao constitucionalismo democrático a existência de um ponto de confluência no processo de poder, no qual deve ocorrer, por necessidade, uma cooperação entre os dois órgãos. Se assim não o fosse, a tendência do sistema à paralisia falaria mais alto e a implementação de políticas públicas essenciais à população ficaria prejudicada (LOEWENSTEIN, 1957, p. 44).

Karl Loewenstein enxergava como óbvio, do ponto de vista técnico, que a legislação consubstanciasse o instrumento primário de cumprimento das determinações políticas, pois tais decisões, todas elas, mas principalmente as de natureza interna, requeriam a formalização legal. Se a decisão política era iniciada pelo Governo, como era o costume, o endosso do Parlamento caracterizava uma distribuição de poder, pois o Congresso assumia uma corresponsabilidade pela medida. Se o Parlamento rejeitasse ou modificasse a proposta, ele estaria exercendo um controle político sobre a liderança do Governo³³.

Em contraste com períodos anteriores da história, constatou Karl Loewenstein, “a legislação também se tornou a técnica normal para legalização das decisões políticas no campo das relações exteriores” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 45, tradução nossa). A maioria das Constituições demandava confirmação do Parlamento para os pactos internacionais. Além disso, como as decisões de política externa dificilmente podiam ser efetivadas sem o aporte de verba pública, o Parlamento tinha outra oportunidade para dividir com o Governo a determinação política (LOEWENSTEIN, 1957, p. 45). Ao aplicar a nova categoria proposta – a função de decisão política – ao sistema político do constitucionalismo, Karl

³³ Conforme afiançou Karl Loewenstein: “Obviously, from the technical viewpoint, the primary instrumentality for the performance of the policy decision is legislation. Invariably all domestic policy decisions require statutory formalization. If the policy decision is initiated by the government, as is the rule, parliamentary endorsement implies shared power: the parliament assumes coresponsibility for the measure. If the parliament rejects or modifies the measure, it exercises policy control over the governmental leadership” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 45).

Loewenstein afirmou que tal função estava distribuída ao Governo e ao Parlamento, com ou sem a participação direta do eleitorado no processo (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46).

2.3.2.3 Função de execução política (*policy execution*)

A função de execução política abrange toda a instrumentação, todos os meios utilizados para por em prática as decisões políticas. Conforme explicou Karl Loewenstein, “as práticas empregadas alcançam todo o âmbito das atividades estatais. Frequentemente, elas consistem na implementação da legislação” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46, tradução nossa). Para Karl Loewenstein, o ordenamento jurídico, na sua maior parte, era formado por leis que determinavam a implementação de decisões políticas básicas anteriores, aplicando-as às necessidades da vida em comunidade, ou era composto por leis que possuíam um caráter estritamente utilitário, regulando o curso normal das relações sociais, tais como as que tratavam de pesos e medidas ou de regulações sanitárias (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46). Na linha pragmática que caracterizava sua análise, Karl Loewenstein afirmava que a “legislação, conseqüentemente, deixara de ser uma categoria funcional por si só, separada e separável das outras atividades estatais, como era considerada pela antiga teoria tripartite dos poderes” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46, tradução nossa).

No sentido do que se considerava na teoria anterior como Executivo, o aspecto da função de execução política que mais se destacava, na argumentação de Karl Loewenstein, era a administração, ou seja, a aplicação das decisões políticas e das regulamentações utilitárias para as relações sociais às necessidades da vida em comunidade (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46). A fim de cumprir os desígnios da administração, a função de execução política dispunha de um corpo de pessoal – burocracia governamental e servidores contratados – para aplicar as normas gerais da legislação às situações individuais³⁴.

³⁴ Conforme retratou Karl Loewenstein: “The most ubiquitous aspect of policy execution – in this sense corresponding to the traditional category of the ‘executive’ – is administration, that is, the application of the policy decisions as well as of the utilitarian regulations of social relations to the requirements of community life. For this purpose policy execution is equipped with a staff – civil service, government bureaucracy – applying the general norms of the legislation to the individual situations” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46).

Em consequência do crescimento da intervenção da administração na vida da sociedade, ocorrido em grande parte pelo advento do Estado de Bem-Estar Social, houve a necessidade, segundo Karl Loewenstein, de se transferir boa parte da função de elaboração das normas do Parlamento para o Governo e suas agências (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46-47). Na avaliação de Loewenstein, “em termos de volume, a administração constitui a área mais substancial da função de execução política e a totalidade da atividade estatal” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 47, tradução nossa).

No entanto, a legislação e a administração, de acordo com Karl Loewenstein, não eram os únicos instrumentos da função de execução política. A função judicial, que na teoria tradicional estava alçada à condição de poder independente, na nova divisão proposta por Loewenstein, sofreu uma *capitis diminutio* (perda de autoridade) para ser considerada, também, uma ferramenta da função de execução política (LOEWENSTEIN, 1957, p. 47). Para Loewenstein, o que o juiz realmente fazia era “apenas aplicar as normas legais gerais aos casos concretos que lhes eram apresentados” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 47, tradução nossa).

O jurista alemão radicado nos Estados Unidos asseverou que julgar era “basicamente uma função de execução política”, pois “cumprindo a lei da mesma maneira que a administração, mesmo que por diferentes técnicas, eles [os juízes] não realizavam uma função independente no processo de poder” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 47, tradução nossa). A independência do Judiciário dos outros detentores do poder – Governo e Parlamento – não foi um postulado funcional, mas sim político, motivado, na Inglaterra, pelo desejo de restringir o poder real de prerrogativa e de estabelecer na Grã-Bretanha o Estado de direito (LOEWENSTEIN, 1957, p. 67). Quando, porém, os tribunais estavam no exercício do controle judicial das decisões do Congresso ou do Presidente da República (*the judicial review*), esta função pertenceria, substancialmente, à categoria de controle político (LOEWENSTEIN, 1957, p. 47-48), o que será discutido no tópico seguinte deste estudo.

Fechando essa mostra do pensamento de Karl Loewenstein sobre a função de execução política, cabe comentar seu entendimento sobre a maneira como essa nova proposta se desenvolve no constitucionalismo. Para Loewenstein, essa função, da mesma forma que a função de determinação política, encontrava-se dividida por

diversos detentores do poder: o Parlamento participa ao formular a legislação que implementa as decisões políticas e a regulamentação técnica e utilitária para a vida em comunidade; o Governo compartilha a função de execução por intermédio da administração diretamente com seu corpo de pessoal e com suas agências; e os Tribunais participam ao julgar as controvérsias individuais, os casos concretos, com base na lei, e ao verificarem a legalidade dos atos da administração governamental, em conformidade com o que, também, prevê a lei.

2.3.2.4 Função de controle político (*policy control*)

Na visão de Karl Loewenstein, o ponto crucial da nova tripartição que propunha “encontrava-se na terceira função: o controle político” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 48, tradução nossa). Para ele, o constitucionalismo, numa perspectiva histórica, consubstanciou a busca pelo invento mais efetivo que pudesse submeter e limitar o poder político do Governo, em primeiro lugar e, na sequência, dos demais detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1957, p. 48). Loewenstein avaliava que o mecanismo mais notável para o controle do poder político consistia na distribuição de diferentes funções estatais por distintos órgãos do Estado que, apesar de exercer essas funções com completa autonomia e responsabilidade, estavam compelidos a cooperar para produzir uma pretensão válida do Estado³⁵. Para Loewenstein, a função de controle político recaía “sobre todos os detentores do poder: governo, parlamento e eleitorado” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 49, tradução nossa). Se os poderes estivessem divididos por vários detentores, cada um deles estaria limitado e controlado por meio de freios e contrapesos (*cheks and balances*), o que Montesquieu consagrou com a assertiva de que o poder limitava o poder (LOEWENSTEIN, 1957, p. 49).

A distribuição do poder implicava, na visão de Karl Loewenstein, um recíproco controle dos detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1957, p. 49-50). “Se dois detentores do poder eram levados a cooperar no exercício de uma função política, como por exemplo, no processo legislativo, nenhum deles poderia impor sua vontade sobre o outro” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 50, tradução nossa). Para

³⁵ Textualmente: “The foremost mechanism for control of political power consists in assigning the different state functions to different state organs which, while exercising them in complete autonomy and under their own responsibility, are ultimately compelled to co-operate to produce the valid will of the state” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 48).

corroborar essa argumentação, o filósofo alemão citou como exemplos, a divisão da função legislativa em duas Casas do Parlamento sob o bicameralismo; a exigência de confirmação do Senado para indicações do Presidente da República; e o referendo mandatório para que a população aprove emendas constitucionais (LOEWENSTEIN, 1957, p. 50).

Por outro lado, Loewenstein entendia que o compartilhamento do poder por diferentes detentores não esgotava integralmente a ideia de controle do poder³⁶. Ele identificava técnicas de controle autônomas que um detentor do poder poderia exercer, de maneira independente e discricionária, em face de outros detentores. Como exemplos dessas técnicas de controle, Karl Loewenstein citou o veto presidencial a projetos de lei aprovados pelo Parlamento; o controle de constitucionalidade dos atos legislativos; e o direito de o eleitorado rejeitar, em referendos, um ato do Parlamento ou do Governo (LOEWENSTEIN, 1957, p. 50).

O ponto central da função de controle político, segundo análise de Karl Loewenstein³⁷, residia no fato de que, fruto dessa função, os detentores do poder passaram a ter responsabilidade política pelos seus atos. Um específico detentor estava, então, obrigado a justificar para outro detentor do poder a razão ou a forma pelas quais ele decidiu ou executou uma ação desta ou daquela maneira como, por exemplo, o controle do Governo sobre os atos do Parlamento, a fiscalização do Parlamento em relação às ações do Governo e, tanto um quanto o outro, pela avaliação, pelo crivo do eleitorado (LOEWENSTEIN, 1957, p. 50).

Karl Loewenstein afirmou que “a responsabilidade política é uma invenção do constitucionalismo moderno” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 51, tradução nossa). A responsabilidade dos servidores do Estado não era novidade na história³⁸, porém foi na Grã-Bretanha que as formas brutas de responsabilidade criminal – aplicadas pelo

³⁶ Consoante redação de Karl Loewenstein: “Shared power as such amounts to a mutual control of power. [...] But the sharing of power is not the whole story of the power control” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 50).

³⁷ Sobre a importância da responsabilidade política, afirmou Loewenstein: “The hub of the policy control function lies in the invocation and enforcement of political responsibility. This is the situation in which a specific power holder is accountable, for the conduct of the function assigned to him, to another holder, for example, the government to the parliament, the parliament to the government, and either of them, both, to the electorate” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 50).

³⁸ Karl Loewenstein citou a responsabilidade dos servidores atenienses, dos oficiais da república romana e da república veneziana pelo desempenho de seus deveres funcionais (LOEWENSTEIN, 1957, p. 51)

Parlamento aos assessores da Coroa – foram substituídas pelos institutos de responsabilidade política, tais como o impedimento legal de exercer mandato e de ocupar cargo público (*impeachment*) e as ações em razão dos chamados crimes de responsabilidade (*bills of attainder*) (LOEWENSTEIN, 1957, p. 51).

A responsabilização política como controle do poder político foi o instrumento racional utilizado pelo constitucionalismo contra a submissão mística dos destinatários do poder que viviam sob governos de suposta origem divina³⁹. Uma vez integrada ao processo político, a responsabilidade política tornou possível remover, de forma legal, Governo ou Parlamento que exerciam suas funções de modo autoritário e substituí-los constitucionalmente, sem necessidade de lançar mão da violência (LOEWENSTEIN, 1957, p. 51).

Fechando essa análise sobre a teoria da tripartição de funções, Karl Loewenstein teceu um comentário sobre a aplicação da função de controle político ao sistema do constitucionalismo. Disse ele que o constitucionalismo, além de ser caracterizado por possuir um Governo que está sob a égide do Estado de Direito, é um sistema político responsável, na medida em que o poder político é reciprocamente dividido e mutuamente controlado pelos detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1957, p. 52). No seu entender, “a totalidade das técnicas de controle estão institucionalizadas na Constituição. A supremacia da Constituição é o ponto culminante do sistema integral de controles políticos” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 52).

2.4 Considerações parciais

A análise feita por este trabalho da separação de poderes no constitucionalismo democrático partiu da premissa de que o poder social é uma relação entre indivíduos, que se concretiza tendo, de um lado, um indivíduo ou grupo que exerce o poder e, de outro, diferentes pessoas que são levadas a comportarem-se como as primeiras almejam. Nessa base, analisar os poderes políticos implica não somente estudar o sentido orgânico do termo – poderes como órgãos institucionalizados no texto constitucional, com competências e atribuições –, mas

³⁹ No escrito de Karl Loewenstein: “The importance of this device for the constitutional control of political power can hardly be overestimated. It was the rational ramrod of constitutionalism against the mystical submission of the power addressees under the God-ordained authority of the government” (LOEWENSTEIN, 1957, p. 51).

também orientar o estudo no sentido funcional-material da expressão – poderes como atividades desenvolvidas por pessoas ou órgãos, sempre com finalidade política – e no sentido funcional-formal, que identifica os poderes como sendo competências fixadas em normas jurídicas que especificam as atividades políticas consideradas de modo abstrato.

Na linha tradicional de análise, a doutrina hodierna sobre a separação de poderes aponta para a hexapartição de poderes, ao identificar o Poder de Chefe de Estado, o Poder Governamental e o Poder Administrativo – estes, no Brasil, incorporados ao Executivo –, além dos já sacramentados Poder Legislativo e Poder Judiciário, bem como Poder do Tribunal Constitucional. O estudo da repartição dos poderes políticos, que originariamente estavam concentrados na pessoa do rei, após a experiência fragmentária do período feudal, procura mostrar que, a partir da criação do Estado moderno com suas instituições específicas para cuidar da esfera pública, todas as separações havidas tinham por foco limitar o exercício do poder, em benefício da liberdade das pessoas. Não obstante, demonstra também a pesquisa que as divisões de poder e suas doutrinas de suporte correlatas surgiram em função de necessidades e interesses conflitantes dentro de contextos históricos – sociais e econômicos – distintos.

Nesse quadro, é bom pinçar ideia de Montesquieu, de interesse direto para o estudo da reserva de iniciativa legislativa, segundo a qual não haveria liberdade se o Poder Executivo pudesse participar da confecção da legislação com o poder de decidir. Ora, é isso exatamente que ocorre quando somente ao Executivo, com exclusividade, é dada a possibilidade de iniciar a discussão de uma proposição legislativa, a teor do art. 61, § 1º, da Constituição de 1988. Tal raciocínio ainda hoje é válido, mesmo considerando que foi pensado por Montesquieu num contexto em que o veto do Executivo era definitivo, como limitação maior às decisões do Parlamento.

Quando projetada para o constitucionalismo brasileiro de 1988, a análise da repartição clássica dos poderes políticos evidencia que o nosso Chefe do Poder Executivo, ao exercer a Chefia de Governo e, sem tirar esse chapéu, desempenhar também a Chefia de Estado e a Chefia da Administração Pública, empolga atribuições conflitantes. O exercício da atividade de Governo é de cunho político-

partidário, com todas as responsabilidades que o cargo impõe em face do eleitorado e, desta forma, entra em choque, principalmente, com o cargo de Chefe da Administração, que encerra as características de imparcialidade e impessoalidade na aplicação do ordenamento jurídico.

A constatação da existência desse conflito é um importante auxiliar para a realização da melhor interpretação dos dispositivos constitucionais que garantem ao Presidente da República a iniciativa legislativa exclusiva em determinadas matérias. Ora, se o Chefe do Poder Executivo, atuando como Chefe da Administração Pública, reclama a iniciativa de determinado projeto de lei, esta postulação parece ser bem coerente, pelo comando centralizado que o cargo administrativo requer. Mas, se o tema é da alçada do Presidente da República quando no papel de Chefe do Poder Governamental, a interpretação mais racional do § 1º do art. 61 da Constituição Federal é a de que não cabe a exclusividade da reserva de iniciativa, pois nada mais democrático que os representantes do povo, povo este que sofrerá as consequências das decisões de governo, possam iniciar e discutir os temas que diretamente vão tocar nas vidas dos seus representados. Desta forma, sendo a matéria da seara do Poder Governamental, considero que qualquer parlamentar ou Comissão de uma das Casas do Congresso Nacional pode dar início à tramitação de projeto de lei correspondente ao assunto de interesse da sociedade.

Afastando-se da análise tradicional, Karl Loewenstein apresentou uma visão pragmática do poder no processo político que é de fundamental importância para o prosseguimento do estudo desse tema. Primeiramente, ele reconhece a existência de duas categorias distintas de detentores do poder. Na primeira categoria estão os detentores oficiais e visíveis do poder, aqueles que recebem suas responsabilidades normalmente da Constituição, elencados por ele como o Governo, o Parlamento, o Eleitorado, as Cortes de Justiça quando no exercício específico do controle de constitucionalidade das leis e, aqui também uma novidade, os partidos políticos.

Atuando ao lado dos primeiros, estão os detentores não oficiais, invisíveis do poder que, para sua identificação, requerem uma análise sociológica da realidade do processo de poder, de modo que se possa perceber suas influências e manobras. Eles podem usar várias roupagens, mas, de modo geral, são reconhecidos como grupos organizados de interesses, grupos de pressão e *lobbies*, que atuam de modo

a influenciar as decisões dos detentores diretos do poder, bem como operam na intenção de alcançar o controle dos meios de comunicação de massa. Utilizar essa doutrina proposta por Karl Loewenstein para identificar os “manipuladores dos fios das marionetes” e estudar o interior de cada “caixa chinesa” possibilitará, por certo, analisar com mais correção a realidade que envolve a tramitação dos projetos de lei colhidos pelo vício de inconstitucionalidade por ferirem a reserva de iniciativa exclusiva.

No que tange à teoria clássica da separação de poderes, a desconstrução que Karl Loewenstein operou em face da fabulização que envolve o princípio da independência dos poderes permitirá uma nova vertente de análise da reserva de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Loewenstein considerava obsoleta a ideia de separação de poderes como uma necessidade para o Estado, pois avaliava que os detentores do poder atuavam de modo a desenvolver suas funções de forma integrada. Aliás, o que ele identificava não era o exercício de poderes, mas sim de funções específicas de Estado, que eram realizadas com a participação de diferentes órgãos estatais.

Das três funções políticas que Karl Loewenstein identificou e nomeou – função de decisão, função de execução e função de controle –, a primeira é a que toca diretamente no tema deste trabalho. A função de decisão política se consubstancia como necessária quando se está diante de um conflito de interesses ou de ideologias que requer uma solução, sendo que tal decisão vai despertar interesse no público pelo assunto e ocasionará um impacto em diferentes camadas da sociedade. A decisão política é frequentemente inspirada e influenciada por detentores invisíveis do poder, mas tem sua formalização e discussão como incumbência dos detentores legítimos do poder, quais sejam o Parlamento e o Governo.

Sendo a legislação o instrumento primário de cumprimento das decisões políticas, é imperioso adotar a concepção de integração de funções políticas proposta por Karl Loewenstein no estudo da reserva de iniciativa legislativa conferida ao Presidente da República, a fim de verificar quais são as possíveis formas de interpretação do texto constitucional de 1988 que possibilitem uma melhor cooperação entre o Governo e o Parlamento, de modo a evitar a estagnação do

sistema político e a facilitar o planejamento de políticas públicas mais voltadas para as necessidades da população. Esse será o ponto fulcral de discussão do próximo capítulo deste trabalho.

3 PROCESSO LEGISLATIVO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE 1988

Este capítulo discorre sobre o processo legislativo que tem lugar no período pós-Constituição de 1988, com a necessária ênfase nas nuances que cercam a reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo. Ele tem início com uma curta digressão sobre o Poder Legislativo, enfatizando seus aspectos organizacionais e suas funções típicas, bem como com os detalhes que se sobressaem no processo legislativo das duas Casas do Congresso Nacional e que terão influência no objeto de pesquisa deste trabalho. No passo seguinte, será colocado em evidência o resultado de pesquisa realizada nos relatórios e pareceres das Comissões Permanentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados relativos aos Projetos de Lei do Senado que foram apresentados durante a 53^a Legislatura, relativa ao período de 2007 a 2011, para, por fim, serem discutidas algumas considerações sobre o que foi enfatizado.

3.1 Poder Legislativo

Os preceitos que estabelecem a estrutura dos órgãos de poder, definem o seu exercício e os limites de sua ação são caracterizados, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 37-38), pela importância que têm para a configuração do Estado, como regras materialmente constitucionais, mesmo que não estejam contidas numa Constituição escrita. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, ao especificar o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como os poderes da União, independentes e harmônicos, dá conformação à repartição de funções políticas, mantendo a tripartição clássica proposta por Montesquieu.

O Poder Legislativo está estruturado no Capítulo I do Título IV – Da Organização dos Poderes – do texto constitucional, com regramento estabelecido a partir do art. 44, que espelha a norma comum do bicameralismo, ou seja, a existência de duas Câmaras em pé de igualdade teórica: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

A Câmara dos Deputados é formada por representantes da população – eleitos, para mandato de quatro anos, pelo sistema proporcional – de cada Estado, de cada território e do Distrito Federal. A distribuição das cadeiras por Unidade da Federação é função do número de habitantes catalogados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de cada Estado, numa proporcionalidade que é limitada a um mínimo de 8 e a um máximo de 70 deputados federais por Estado. À Câmara dos Deputados compete privativamente, dentre outras, a abertura de processo contra o Presidente da República, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado e a tomada de contas do Chefe do Poder Executivo, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro do prazo de sessenta dias da abertura da sessão legislativa⁴⁰.

O Senado Federal é composto por três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, que são eleitos pelo sistema majoritário para mandato de 8 anos. Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 199), em razão da existência dos partidos políticos nacionais que, com suas bancadas, dividem também as cadeiras da chamada Câmara Alta, o Senado é bem menos uma Casa de representação dos Estados para ser uma assembleia popular de natureza mais conservadora, isto em função da média de idade de seus membros e das funções que já desempenharam em suas vidas políticas. Além de processar e julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças nos crimes conexos àqueles, como também os Ministros do STF, cabe privativamente ao Senado Federal aprovar a indicação para cargos de relevo da República, como os de ministros dos Tribunais Superiores e de embaixadores para as missões diplomáticas de caráter permanente. São de realce principalmente as funções privativas do Senado ligadas à autorização para a contratação de operações externas de natureza financeira e sobre os limites e condições da União para garantir essas contratações por parte de Estados e Municípios⁴¹, além de outras relativas à regulação das alíquotas mínimas e máximas nas operações

⁴⁰ Art. 51 da Constituição Federal.

⁴¹ Art. 52 da Constituição Federal.

internas alcançadas pelo imposto sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS)⁴².

O Congresso Nacional, como instituição de atuação efetiva, somente toma corpo quando reunidas as duas Casas Parlamentares – a Câmara dos Deputados e o Senado Federal –, em sessão conjunta, para dar posse ao Presidente e ao Vice-Presidente da República⁴³, promulgar emendas à Constituição⁴⁴ e para deliberar sobre matérias previstas no texto constitucional, como discutir e votar os projetos de lei relativos ao orçamento da União⁴⁵ (PPA, LDO e LOA) e conhecer dos vetos presidenciais e sobre eles decidir⁴⁶.

As funções típicas e predominantes do Parlamento brasileiro são legislar e fiscalizar e as atípicas, administrar e julgar. Começando pelas duas últimas, é possível exemplificar a função de administrar quando as duas Casas Legislativas dispõem sobre suas organizações internas, o provimento de cargos e a promoção de seus servidores; a função de julgar pode ser citada quando da instituição do processo de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

As duas funções precípuas – legislar e fiscalizar o Poder Executivo – têm o mesmo grau de importância (MORAES, 2003, p. 375) e deveriam receber a mesma atenção dos parlamentares. No que tange à segunda, compete ao Congresso Nacional, pelo art. 70 da Constituição Federal, a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta”, no que o texto constitucional chama de controle externo, independentemente do sistema de controle interno que deve ser estabelecido por cada Poder.

Para realizar o controle externo, o Congresso Nacional conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), que deverá encaminhar ao Parlamento, trimestralmente e anualmente, o relatório de suas atividades. O TCU trabalha em ligação direta com uma comissão permanente mista de deputados federais e senadores – a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização

⁴² Art. 155, § 2º, incisos IV e V, da Constituição Federal.

⁴³ Art. 57, § 3º, inciso III, e 78 da Constituição Federal.

⁴⁴ Art. 60, § 3º, da Constituição Federal.

⁴⁵ Art. 48, inciso II, e 166 da Constituição Federal.

⁴⁶ Art. 57, § 3º, inciso IV, e 66, § 4º, da Constituição Federal.

(CMO) –, comissão esta que tem como uma de suas atribuições principais o exercício da fiscalização financeira e orçamentária dos órgãos da União, conforme prescreve o art. 166 da Constituição Federal. Além do trabalho de fiscalização exercido pela CMO, cada Casa Legislativa conta, também, com comissões permanentes para realizar o controle das contas da União. Na Câmara dos Deputados, essa função é exercida, de modo prioritário, pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC); no Senado, pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA).

A função típica do Poder Legislativo que recebe a maior atenção dos parlamentares é a de discutir e votar a legislação federal. Para legislar, os deputados e senadores empregam o grosso de seu tempo no interior do Congresso Nacional. Ao Parlamento cabe, como atribuição primeira, prevista no *caput* do art. 48 da Constituição Federal, “dispor sobre todas as matérias de competência da União”. A cultura disseminada pelo senso comum entende que, no Congresso Nacional, trabalhar é sinônimo de produzir leis. A mídia, por seu lado, estimula e cobra dos parlamentares essa produção⁴⁷, sem considerar os ensinamentos adquiridos da Legística, ciência que estuda a qualidade das leis, a qualidade da produção legislativa.

Em linhas gerais, é possível pensar que um Parlamento deveria, de início, priorizar a função de legislar, em detrimento da de fiscalizar, até que o ordenamento jurídico estivesse razoavelmente conformado e, a partir desse ponto, difícil de qualificar, tanto na forma, quanto no tempo, somente aprovaria leis de correção, passando então a priorizar a função de fiscalização dos órgãos do Governo e, em função disso, reduzindo a sua atividade de produção de leis. No Brasil, passados quase 25 anos da promulgação da Constituição de 1998 que, por sua redação já recepcionara boa gama de leis anteriores, o Congresso Nacional continua empregando quase todo o seu tempo de trabalho no processo legislativo de discussão e votação de leis.

⁴⁷ Produção legislativa no Congresso caiu em 2012. Disponível em <www.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/producao-legislativa-no-congresso>. Acesso em 25 jul. 2013.

3.2 Processo Legislativo

A expressão processo legislativo normalmente é conceituada em duas vertentes: jurídica e sociológica. Juridicamente, processo legislativo deve ser entendido como um conjunto coordenado de preceitos que disciplinam o procedimento a ser adotado pelos órgãos competentes na produção das leis e dos atos normativos derivados da própria Constituição; sociologicamente, o conceito vem a ser o conjunto de fatores reais que direcionam os legisladores a exercitarem suas atribuições (MORAES, 2003, p. 524).

A Constituição de 1988 dedica uma seção completa – a Seção VIII do Capítulo I do Título IV – à regulamentação do processo legislativo federal que, por interpretação do STF, em função do princípio da simetria, é de adoção obrigatória pelos Estados-Membros, como se verá mais à frente, no próximo capítulo deste estudo. O processo legislativo compreende, pela dicção do art. 59 da Constituição Federal, além da elaboração de leis ordinárias e complementares, a confecção de emendas à Constituição, de leis delegadas, de medidas provisórias, de decretos legislativos e de resoluções.

O procedimento, com suporte no texto constitucional, também está regulado pelo Regimento Comum do Congresso Nacional, pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados e pelo Regimento Interno do Senado Federal. Ocorre, porém, que boa parte das regulamentações internas das Casas Legislativas é passível de flexibilização, por acordo de líderes que não seja questionado pelo Plenário⁴⁸. Aberturas e fechamentos de sessões com apenas um minuto de duração para contagem de prazo e quebra de interstícios entre votações são alguns dos exemplos das chamadas manobras regimentais que, ao final, estão a desconsiderar o texto dos regimentos internos. Em vista disso, o que realmente dá segurança jurídica ao processo legislativo são as normas retiradas do texto constitucional.

No processo legislativo, o primeiro passo, após a leitura da matéria em Plenário, é a distribuição do projeto para sua instrução nas comissões de mérito e na Comissão de Constituição e Justiça. A fase instrutória, que tem lugar nas comissões permanentes, é de importância capital para a conformação do melhor texto para a

⁴⁸ Art. 151 do Regimento Comum do Congresso Nacional e art. 412, incisos IX e XIII, do Regimento Interno do Senado Federal.

lei. É nela que se dá a discussão de fundo, em que os colegiados de parlamentares podem ouvir especialistas e entidades da sociedade civil sobre o tema da nova lei. É na instrução do projeto de lei que o relator da matéria pode ser questionado e até ver o seu parecer vencido por um voto em separado, que espelhe, em melhores condições, a postura da maioria do colegiado sobre a questão.

Apesar de a existência das comissões permanentes e temporárias estar prevista na Constituição Federal (art. 58), não há preceito constitucional que, obrigatoriamente, determine a passagem das matérias legislativas pela discussão de seus colegiados (FERREIRA FILHO, 2012, p. 233), o que consubstancia uma lacuna que abre um interessante campo de análise para a Legística. Em síntese, é possível que um projeto de lei seja aprovado em Plenário sem estar instruído, sem estar devidamente discutido e, em consequência, sem que os parlamentares tenham a consciência completa do que estão a votar.

As comissões de ambas as Casas Legislativas, além de discutir e aprovar os pareceres sobre os projetos de lei, podem receber, na distribuição, a competência para deliberar sobre determinada matéria, conforme previsão do próprio texto constitucional (art. 58, § 2º, inciso I), no que a Câmara dos Deputados chama de poder conclusivo e o Senado Federal, de poder terminativo das comissões. A deliberação não do parecer, mas da matéria legislativa propriamente dita nas Comissões, também oferece uma perda para o processo legislativo, porque essa forma abreviada de tramitação retira de boa parte dos parlamentares, daqueles que não integram os colegiados que votaram e aprovaram a proposição, a possibilidade de discutir e votar o texto da futura lei.

Uma proposição legislativa pode ser examinada em procedimento normal ou em procedimento abreviado de tramitação. Na Casa iniciadora, a matéria, em processo normal, é distribuída pelo Presidente, por intermédio da Secretaria-Geral da Mesa, para instrução nas comissões pertinentes ao seu conteúdo. Com os pareceres das comissões, o projeto vai à deliberação do Plenário, que decide por maioria simples, presente a maioria absoluta da Casa (art. 47 da Constituição Federal). Uma vez aprovado, o projeto é enviado à Casa revisora que terá, em linhas gerais, três opções: aprovar a matéria sem restrições e enviá-la à sanção presidencial; ou rejeitar a proposição e enviá-la ao arquivo; ou, ainda, aprovar o

projeto, mas com emendas. Nessa última hipótese, a matéria e as emendas retornam à Casa iniciadora, que deverá apenas apreciar o teor das emendas apresentadas pela Casa revisora. Aprovadas as emendas, o texto consolidado vai à sanção do chefe do Poder Executivo; rejeitadas as emendas da Casa revisora, a matéria, na forma que originalmente foi aprovada pela Casa iniciadora, segue também para a sanção. Dessa explicação, fica claro que a Casa iniciadora tem uma proeminência grande no processo legislativo, pois a decisão do texto final a ser enviado à sanção está em suas mãos. Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 222), “a vontade do que primeiro apreciou o projeto prevalece”.

Ora, todas as proposições legislativas oriundas do Poder Executivo, por força do texto constitucional (art. 64), dão entrada no Congresso Nacional pela Câmara dos Deputados; e, mais, as matérias originárias do Presidente da República carregam a densidade das políticas públicas do Poder Executivo e encontram no Legislativo o suporte da maioria parlamentar construída pelo Governo, que dá a voga da pauta e prioriza a sua votação; então, é forçoso concluir que o processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal coloca a Câmara dos Deputados numa posição de vantagem em relação ao Senado Federal, uma vez que a ela, na maioria dos casos, é dada a última palavra sobre o texto a ser enviado à sanção presidencial.

O procedimento abreviado de exame das proposições legislativas tem lugar quando, na tramitação de projetos de iniciativa do Presidente da República, este solicita, na mensagem que encaminha a matéria ao Congresso Nacional, com amparo nos §§ 1º a 4º do art. 64 da Constituição Federal, urgência para sua apreciação. Pelo texto constitucional, cada Casa Legislativa tem até 45 dias para se manifestar sobre a proposição. Passado esse prazo, todas as demais matérias da Casa – com exceção das que tenham prazo constitucional determinado – ficam sobrestadas até que seja votado o projeto enviado pelo Poder Executivo com pedido de urgência constitucional.

Tanto na Câmara dos Deputados⁴⁹, quanto no Senado Federal⁵⁰, há outro procedimento que pode ser considerado como abreviado, procedimento este

⁴⁹ Art. 152 e seguintes do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 25 abr. 2013.

concedido por meio da urgência regimental, que consiste na possibilidade de, mediante a aprovação de requerimento formulado dentro de parâmetros estabelecidos nos regimentos internos, determinada matéria ser incluída na ordem do dia do Plenário e de ser discutida e votada com preferência sobre proposições que tramitam em procedimento normal.

Visto o processo legislativo em suas grandes linhas, cabe fechar esse tópico com um comentário sobre a iniciativa legislativa, em preparação para a discussão que este estudo apresentará no item seguinte. A iniciativa é o ato que põe em marcha o processo legislativo; é o ato que propõe a adoção de uma lei nova. É possível qualificá-la como geral, popular, vinculada e reservada (FERREIRA FILHO, 2011, p. 217-218). A iniciativa será geral ou comum quando concedida aos deputados federais, aos senadores, às comissões de ambas as Casas, ao Presidente da República e aos cidadãos. Nessa classificação não entra o STF, os Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República porque somente possuem a iniciativa nas matérias a eles reservadas. A iniciativa vinculada, por seu turno, é aquela que tem a apresentação da matéria legislativa imposta pelo texto constitucional. Exemplo clássico de iniciativa vinculada é a obrigatoriedade de o Presidente da República enviar ao Congresso Nacional os projetos de lei de natureza orçamentária (PPA, LDO e LOA), conforme prescreve o inciso XXIII do art. 84 combinado com o art. 165 da Constituição Federal.

A iniciativa popular, ainda acanhada em termos de fortalecimento de uma democracia mais participativa em nosso país, é a que está regulada pelo § 2º do art. 61 da Constituição Federal. Ela apresenta como condição a subscrição de pelo menos 1% do eleitorado nacional, distribuído no mínimo em 5 Estados com não menos de 0,3% dos eleitores de cada Estado. Como o procedimento para coleta de assinaturas e dos números dos títulos dos eleitores é feito pelo processo escrito em papel, é formalmente impraticável a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular, pela dificuldade e pelo gasto de tempo para conferir os dados no ato da apresentação. Para um eleitorado nacional, que atingiu o número de 140.646.446,

⁵⁰ Art. 336 e seguintes do Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em <www.senado.leg.br>. Acesso em 25 abr. 2013.

com dados⁵¹ de 2012, são necessárias mais de um milhão e quatrocentas mil assinaturas diferentes, por óbvio, e com números do título eleitoral também distintos. Enquanto esse processo de coleta da subscrição não for feito, com as seguranças necessárias, por meio da Internet, o que se tem feito é o apadrinhamento do projeto de lei de iniciativa popular por um ou mais parlamentares, que o subscrevem no ato da apresentação. A propositura fica, então, de autoria popular, no aspecto simbólico, mas, na forma, ela tem sido mesmo de autoria parlamentar. Dessa análise surge a ideia de que é possível sim, nos termos em que se realiza atualmente, a apresentação de, por exemplo, uma Proposta de Emenda à Constituição de iniciativa popular, desde que, no ato da apresentação, sejam colhidas as assinaturas de um número de parlamentares que, apoiando a propositura, preencham os requisitos constitucionais para proposta.

A iniciativa reservada ou privativa deve ser entendida como uma “reserva a determinado titular do poder de apresentar projeto de lei sobre certa matéria. Tem assim esse titular a exclusividade quanto à proposição de normas sobre essa matéria” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 217). Sobre o tema, na sequência, serão discutidos os principais aspectos inerentes às origens e à conformação da reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo na apresentação de matérias, estudando e criticando determinadas interpretações que são realizadas sobre os preceitos constitucionais inerentes ao assunto e apresentando as conclusões de pesquisa realizada nos relatórios e pareceres das Comissões Permanentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados relativos aos Projetos de Lei do Senado apresentados durante a 53^a Legislatura (2007 a 2011).

3.3 Processo legislativo e reserva de iniciativa

3.3.1 Reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo

No processo legislativo contemporâneo, a função executiva aparece não só como a “mola mestra que impulsiona o trabalho parlamentar, como também, num grande número de casos, surge como o próprio legislador” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 153). Tal evidência de engrandecimento do Executivo encontra explicação pelas funções que o Estado passou a realizar de intervenção nos domínios

⁵¹ Dados colhidos no Portal do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <www.tse.jus.br>. Acesso em 18 mai. 2013.

econômico e social, com o advento do Estado de Bem-Estar Social. Por força da necessidade de a Administração intervir na vida da sociedade, boa parte da função de elaborar as normas passou do Parlamento para o Governo (LOEWENSTEIN, 1957, p. 46-47), em virtude de este possuir uma estrutura mais ágil para a tomada de decisões, com a segurança do sigilo e “a possibilidade de adaptação flexível a peculiaridades regionais e a alterações circunstanciais ou conjunturais” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 153).

Além disso, a proeminência do Executivo tem lugar também pelo caráter democrático que essa função assumiu, a partir do momento que ficou também dependente de eleições populares. Nos regimes constitucionais democráticos e pluralistas, tanto o Parlamento, quanto o Governo têm no voto do eleitorado sua legitimação. Nesse quadro, os partidos políticos passaram a centrar os seus programas partidários nas campanhas eleitorais para a Presidência da República, o que lançou mais luz sobre os candidatos às eleições presidenciais.

Não obstante, não parece ter sido tais mudanças que propiciariam a introdução, na Constituição, da reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo. Num curto retrospecto da evolução do texto constitucional, o estudo mostra que as origens do estabelecimento das iniciativas legislativas reservadas ao Poder Executivo repousam em períodos ditatoriais vividos pelo Brasil, principalmente durante a Era Vargas e a Ditadura Militar instaurada no país a partir de 1964.

A Constituição de 1824, inspirada no constitucionalismo inglês, outorgada que foi pela monarquia de D. Pedro I, após a dissolução da assembleia constituinte, veio sedimentar a independência do Império do Brasil. Apesar da existência do Poder Moderador, que descaracterizava o sistema parlamentar, não há no texto constitucional⁵² de 1824 qualquer restrição à iniciativa do Parlamento na apresentação de projetos de lei. Além disso, todos os dispositivos constitucionais eram passíveis de reforma, cuja iniciativa era de prerrogativa da Câmara dos Deputados (NOGUEIRA, 2001, p. 15-16).

⁵² Constituição de 1824 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles. [...]

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

A Constituição de 1891 teve origem na necessidade de o Brasil ver institucionalizada a República como forma de governo. Trazendo, no seu bojo, redação compatível com o presidencialismo federativo de figurino norte-americano, ela teve em Rui Barbosa o artífice principal do anteprojeto final discutido pelo Congresso Constituinte. No texto constitucional⁵³ promulgado em fevereiro de 1891, o Poder Executivo não possuía qualquer tipo de reserva de iniciativa para a apresentação de projetos de lei. Quem detinha a primazia em algumas matérias era a Câmara dos Deputados (BALEIRO, 2001, p. 35).

Fruto das revoluções de 1930 e 1932, nasceram a Constituinte e a Carta de 1934, cujo anteprojeto foi elaborado pela chamada Comissão do Itamaraty, presidida, de fato, por Afrânio de Mello Franco, Ministro das Relações Exteriores do Governo Provisório liderado por Getúlio Vargas. Formalmente, o texto constitucional⁵⁴ de 1934, que se inspirava na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição Espanhola, de 1931, respeitava o princípio da separação dos poderes, apesar de se notar o começo, mesmo que apenas no campo administrativo, de uma reserva de iniciativa na apresentação de projetos ao Poder Executivo (POLETTI, 2001, p. 13).

Então, é possível dizer que a concessão de reserva de iniciativa legislativa ao Presidente da República surgiu em nosso país com o texto constitucional de 1934.

⁵³ Constituição de 1891 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 29 - Compete à Câmara a iniciativa do adiamento da sessão legislativa e de todas as leis de impostos, das leis de fixação das forças de terra e mar, da discussão dos projetos oferecidos pelo Poder Executivo e a declaração da procedência, ou improcedência da acusação contra o Presidente da República, nos termos do art. 53, e contra os Ministros de Estado nos crimes conexos com os do Presidente da República.

[...]

Art. 36 - Salvas as exceções do art. 29, todos os projetos de lei podem ter origem indistintamente na Câmara ou no Senado, sob a iniciativa de qualquer dos seus membros.

⁵⁴ Constituição de 1934 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 41 - A iniciativa dos projetos de lei, guardado o disposto nos parágrafos deste artigo, cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, ao Plenário do Senado Federal e ao Presidente da República; nos casos em que o Senado colabora com a Câmara, também a qualquer dos seus membros ou Comissões.

§ 1º - Compete exclusivamente à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa das leis de fixação das forças armadas e, em geral, de todas as leis sobre matéria fiscal e financeira.

§ 2º - Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais, quanto aos respectivos serviços administrativos, pertence exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviços já organizados, ou modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas.

Tal restrição imposta ao Poder Legislativo dizia respeito apenas a projetos de lei que aumentavam vencimentos de funcionários, criava empregos em serviços já organizados ou modificava o efetivo das Forças Armadas. Em 1937, o golpe de Estado, que consolidou a Ditadura Vargas, outorgou à Nação uma nova Constituição – redigida por um grupo de juristas, chefiados por Francisco Campos, Ministro da Justiça – cujas características são apontadas por Pontes de Miranda:

- Coordenação, entregue ao Presidente da República, da atividade dos órgãos representativos; possibilidade de indicação, pelo Presidente da República, de um dos candidatos ao cargo; eleição indireta dos representantes dos Estados-Membros na Câmara Federal; e eliminação do princípio da separação e independência dos poderes. (PONTES DE MIRANDA, 1938, p. 43)

A Constituição de 1937, que teve como parâmetro a Constituição Polonesa de 1935, é um exemplo clássico de mitigação do mandato concedido aos representantes do povo⁵⁵, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, seja pela possibilidade de livre expedição de decretos-lei, seja pela reserva de iniciativa no processo legislativo (COSTA PORTO, 2001a, p. 19). Passados oito anos, em dezembro de 1945, foi eleita a Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo de restaurar o regime jurídico alterado pelo golpe de 1937. Ela teve por característica restaurar as linhas mestras de 1891 com as inovações que consagravam as liberdades expressadas na Constituição de 1934, concernentes, principalmente, à proteção dos trabalhadores. No que tange à exclusividade de iniciativa na apresentação de matéria legislativa, o texto

⁵⁵ Constituição de 1937 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 64. A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outras resulte aumento de despesa.

§ 1º. A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal.

§ 2º. Qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras terá suspenso o seu andamento, desde que o Governo comunique o seu propósito de apresentar projeto que regule o mesmo assunto. Se dentro de trinta dias não chegar à Câmara a que for feita essa comunicação, o projeto do Governo, voltará a constituir objeto de deliberação o iniciado no Parlamento.

Art. 65.

Parágrafo único. Os projetos de iniciativa do Governo, obtendo parecer favorável do Conselho da Economia Nacional, serão submetidos a uma só discussão em cada uma das Câmaras. A Câmara, a que forem sujeitos, limitar-se-á a aceitá-los ou rejeitá-los. Antes da deliberação da Câmara legislativa, o Governo poderá retirar os projetos ou emendá-los, ouvido novamente o Conselho da Economia Nacional se as modificações importarem alteração substancial dos mesmos.

constitucional de 1946 retoma o respeito ao princípio da separação de poderes⁵⁶ ao conceder aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como ao Presidente da República a capacidade de iniciar o processo legislativo. A exclusividade do Poder Executivo permaneceu apenas para os seus serviços administrativos, quando da criação de empregos em serviços existentes, do aumento de vencimentos ou da modificação do efetivo das Forças Armadas (BALEEIRO; SOBRINHO, 2001, p. 20-21). Esse é o texto que o grupo de oficiais da cúpula do Exército encontra quando assume o Poder, por meio do golpe de abril de 1964, que deu início à Ditadura Militar no país.

Para legitimar e institucionalizar o regime militar de 1964, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional anteprojeto do que seria a Constituição de 1967, cuja característica, dentre outras, era aumentar consideravelmente a influência do Executivo sobre o Legislativo, criando uma hierarquia constitucional centralizada, por meio da ampliação da competência privativa do Presidente da República de iniciar a tramitação de leis em distintas situações; da limitação de tempo para apreciação, pelo Congresso Nacional, dos projetos do Governo; da delegação legislativa; da restrição à apresentação de emendas aos projetos governamentais; e da faculdade, dada ao Presidente da República, de expedir decretos-leis (CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 2001, p. 21).

O texto constitucional de janeiro de 1967 incorporava as medidas de fortalecimento do Executivo já estabelecidas nos atos institucionais e nos atos complementares relativas às prerrogativas do Presidente da República no processo legislativo e à competência exclusiva⁵⁷. Por seu turno, a Emenda Constitucional nº 1,

⁵⁶ Constituição de 1946 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 67 - A iniciativa das leis, ressalvados os casos de competência exclusiva, cabe ao Presidente da República e a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
§ 1º - Cabe à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa da lei de fixação das forças armadas e a de todas as leis sobre matéria financeira.

§ 2º - Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado e dos Tribunais Federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem empregos em serviços existentes, aumentem vencimentos ou modifiquem, no decurso de cada Legislatura, a lei de fixação das forças armadas.

⁵⁷ Constituição de 1967 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 51. O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projeto de lei sobre qualquer matéria, os quais se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados e de igual prazo no Senado Federal.

[...]

§ 2º Se o Presidente da República julgar urgente o projeto, poderá solicitar que a sua apreciação seja feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta e cinco dias.

de outubro de 1969, que, pela abrangência, “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição” (SILVA, 2009, p. 87) de caráter outorgado, intensificou a concentração de poder no Executivo, mantendo – com exceção do § 3º do art. 51, que ficou com redação mais incisiva⁵⁸ – o texto dos mesmos dispositivos da Constituição de 1967 (COSTA PORTO, 2001b, p. 9).

Esse rápido passeio pelos textos constitucionais anteriores a 1988 mostrou que, na organização dos poderes do Estado, ao Presidente da República sempre foi franqueada a possibilidade de iniciar o processo legislativo. A reserva de iniciativa legislativa exclusiva do Poder Executivo – que foi uma criação do período centralizado de Governo do Presidente Getúlio Vargas e recrudescceu durante a Ditadura Militar estabelecida no país entre 1964 e 1985 – teve como argumento a proteção dos serviços da administração federal de mudanças repentinas, sem um planejamento centralizado, bem como a defesa do orçamento federal de investidas que propiciassem o aumento dos gastos públicos sem o respaldo de receita orçamentária e sem uma análise das prioridades econômicas e financeiras globais da União (FERREIRA FILHO, 2012, p. 155).

O interessante é que essa justificação para a existência da reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo, mesmo que muito questionável, em face

§ 3º Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente em ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado considerar-se-á definitivamente aprovado.

[...]

Art. 57. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

I – disponham sobre matéria financeira;

II – criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;

III – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

IV – disponham sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal, bem como sobre organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios;

V – disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; ou

VI – concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

Parágrafo único. Não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista:

nos projetos cuja iniciativa seja da exclusiva competência do Presidente da República; ou

nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais Federais.

⁵⁸ Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 51.

§ 3º Na falta de deliberação dentro dos prazos estipulados neste artigo e parágrafo anteriores, considerar-se-ão aprovados os projetos.

das atribuições constitucionais do Congresso Nacional, cuja principal é “dispor sobre todas as matérias da União” (*caput* do art. 48 da Constituição), serviu para manter, no texto constitucional de 1988, as mesmas linhas-mestras que justificam a existência dessa reserva exclusiva do Poder Executivo em algumas matérias. Se a Assembleia Constituinte era composta por parlamentares, que após o cumprimento de suas funções como constituintes, retornariam às suas funções de deputados federais e de senadores; se a nova Constituição era vista como um instrumento de redemocratização e de fortalecimento dos fundamentos da república em nosso país; se a função precípua do Parlamento é legislar e fiscalizar as ações do Executivo; por que foram mantidos, no texto constitucional de 1988, alguns dos preceitos constitucionais que concedem iniciativa legislativa exclusiva do Presidente da República?

A resposta passa pela proposta de Karl Loewenstein sobre a existência de detentores visíveis e detentores invisíveis do poder. A Constituinte de 1987-1988 teve curso nas dependências do Congresso Nacional, utilizando como suporte toda a estrutura do sistema que estava por alterar. No seio das duas Casas Legislativas, havia três órgãos – as Lideranças do Governo na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e no Congresso Nacional – que coordenavam e conduziam, de forma “invisível”, as decisões mais importantes do Parlamento durante o período da ditadura militar. Além das Lideranças, os diversos ministérios, com destaque para os ministérios militares, possuíam assessorias parlamentares com instalações no Palácio do Congresso Nacional, atuando com o intuito de assessorar os parlamentares, quando necessário, e de defender os interesses de suas Pastas no processo legislativo, o que fizeram com propriedade durante o período de trabalho da Constituinte⁵⁹. Muito mais que a proteção do equilíbrio orçamentário da União ou que a necessidade de controle centralizado da Administração, a influência desses órgãos do Poder Executivo, encravados no dia a dia dos parlamentares-constituintes, foi o fator decisivo para a manutenção dos preceitos constitucionais que garantem ao Presidente da República a exclusividade na apresentação de projetos de lei que versem sobre determinadas matérias.

⁵⁹ Dados colhidos em conversas com o ex-Senador Jarbas Passarinho e com o General-de-Exército da Reserva Werlon Coaracy de Roure, chefe da Assessoria Parlamentar do Exército no período da Constituinte de 1987-1988.

As Lideranças do Governo na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e no Congresso Nacional, que empregam meios materiais e ocupam instalações do Congresso Nacional, além de terem seus efetivos remunerados pelo orçamento do Poder Legislativo, continuam a atuar, não como detentores invisíveis, mas visíveis do poder, com a finalidade explícita de defender os interesses do Poder Executivo no processo legislativo *interna corporis* de tramitação de matérias legislativas⁶⁰.

O texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988 carrega no seu bojo diversos preceitos que limitam a iniciativa parlamentar de deputados e senadores, bem como das comissões das duas Casas na apresentação de determinados projetos de lei, pela exclusividade na apresentação de matérias que é concedida, por exemplo: ao Supremo Tribunal Federal (STF), para a apresentação de projeto de lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura (*caput* do art. 93 da Constituição); ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça, para propor projeto de lei sobre a criação ou extinção de tribunais inferiores e sobre mudanças na organização judiciária e nos serviços administrativos de suas respectivas jurisdições (incisos I e II do art. 96 da Constituição); ao Ministério Público para a propositura de lei que disponha sobre a criação e extinção de cargos e sobre os seus serviços auxiliares (§ 2º do art. 127 da Constituição); ao Tribunal de Contas da União (TCU), para a apresentação de projeto de lei sobre a criação e extinção de cargos e sobre seus serviços administrativos (*caput* do art. 73 combinado com o art. 96 da Constituição); e, principalmente, ao Presidente da República, para a propositura de projeto de lei que fixe ou modifique o efetivo das Forças Armadas; que trate do regime jurídico dos militares; que crie o extinga órgão da Administração Pública; que crie cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica ou promova aumento de remuneração; e, dentre outras, que disponha sobre o regime jurídico dos servidores públicos (§ 1º do art. 61 da Constituição)⁶¹; ainda, ao Presidente da República, para a apresentação dos

⁶⁰ Do Quadro de Servidores Efetivos e Comissionados do Senado Federal, é possível retirar, com dados de 7/6/2013, que há 37 (trinta e sete) servidores que trabalham indicados e em proveito do Poder Executivo nas Lideranças do Governo no Senado Federal e no Congresso Nacional. Disponível em <www.senado.leg.br>. Acesso em 7 jun. 2013.

⁶¹ Constituição de 1988 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

projetos de lei que estabeleçam o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e o orçamento anual (LOA) (incisos I a III do art. 165 da Constituição)⁶².

A limitação da iniciativa legislativa parlamentar de deputados e senadores, bem como das comissões das duas Casas não se restringe à apresentação de determinadas matérias, mas também ao oferecimento de emendas a projetos de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República, quando a emenda proposta acarrete aumento de despesa (inciso I do art. 63 da Constituição)⁶³. Tal condicionante reduz sobremaneira a possibilidade de o Parlamento poder

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; (No texto original de 1988)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública. (No texto original de 1988)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998).

⁶² Constituição de 1988 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

⁶³ Constituição de 1988 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

Art. 63. Não será admitido aumento de despesa prevista:

I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º;

.....

Art. 166.

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

aperfeiçoar os projetos de lei de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, vez que os membros do Parlamento somente podem aumentar, por relocação de recursos, a despesa do projeto de lei do orçamento anual, dos projetos que o modifiquem e do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

No geral, o ponto é que não se está a discutir a singularidade apresentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o processo de elaboração de leis no Estado Contemporâneo, no qual há uma predominância do Poder Executivo na iniciativa da elaboração da legislação (FERREIRA FILHO, 2012, p. 181). A questão fulcral é a proibição estabelecida na Constituição de o Poder Legislativo ser o motor propulsor de matérias que, se interpretadas de forma ampliativa, terão dificuldades e, por vezes, até serão impedidas de tramitarem, mesmo que digam respeito à formulação de políticas públicas benéficas para a população.

O rol de limitações impostas pelos preceitos do § 1º do art. 61 da Constituição Federal à iniciativa legislativa do Parlamento precisam ser interpretados em conformidade com o âmbito da norma que se está a construir, pois há uma peculiaridade na formulação e implementação de políticas públicas em nosso país que não pode ser descurada: os órgãos do Estado e os servidores públicos são partícipes efetivos em todo o processo. Isso se dá pela própria definição de políticas públicas, conforme explicita Maria Paula Dallari Bucci, que as caracteriza como sendo “os programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 241).

Ora, se o termo políticas públicas diz respeito a programas de ação governamental, é forçoso considerar que tanto os servidores públicos quanto os órgãos do Estado têm uma participação efetiva no planejamento e na execução dessas políticas. Ocorre, porém, que, no inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, que estabelece rol taxativo de matérias que são de iniciativa privativa do Presidente da República, a letra “c” – que trata dos “servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria” – e a letra “e” – que dispõe sobre a “criação e extinção de ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI”⁶⁴ – versam

⁶⁴ Constituição de 1988 (Disponível em <www2.planalto.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2013):

especificamente sobre esses dois elementos que são cruciais, tanto para a planificação, quanto para a implementação de políticas públicas no país.

Há uma argumentação empregada com frequência nos relatórios e pareceres de matérias colocadas para instrução nas Comissões Permanentes das duas Casas do Parlamento, conforme se verá no tópico seguinte deste capítulo, que atrela a cláusula de reserva de iniciativa legislativa concedida ao Chefe do Poder Executivo pelo § 1º do art. 61 da Constituição Federal ao princípio da harmonia e independência dos poderes constante do art. 2º do texto constitucional. Tal entendimento, já consolidado na jurisprudência do STF⁶⁵, não credencia a ilações de que os preceitos do § 1º do art. 61 da Carta Política não poderiam ser modificados ou até suprimidos, porque estariam vinculados às amarras constantes do § 4º do art. 60 do texto constitucional, que caracteriza como uma das cláusulas pétreas a separação de poderes.

É possível dizer que os dispositivos do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição que mais estão afetos à implementação de políticas públicas são os constantes das letras “a” – criação de cargos, funções e empregos públicos na administração direta e autárquica –, “c” – regime jurídico dos servidores públicos – e “e” – criação e extinção de órgãos da administração pública. Destes, os dois últimos já tiveram seus textos modificados por meio de emenda constitucional. O preceito da letra “c” foi alterado em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 18, e o da letra “e”, em 2001, por intermédio da Emenda Constitucional nº 32. Essa constatação leva a pensar que, se necessário, é possível alterar os dispositivos do § 1º do art. 61 da Constituição, para melhor esclarecer a possibilidade de o Parlamento poder ter a iniciativa em projetos de lei que desencadeiem políticas públicas de âmbito geral ou modifiquem políticas em andamento. E, mais, é possível mesmo suprimir todo o § 1º

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei; (No texto original de 1988)

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

[...]

⁶⁵ O Título 3.1.1 desta pesquisa esmiúça a jurisprudência do STF sobre o tema.

do art. 61 do texto constitucional sem que isso possa ofender princípios protegidos por cláusula pétrea inscrita § 4º do art. 60 da Constituição da República.

Outro ponto do § 1º do art. 61 da Constituição que merece ser analisado é a forma de interpretação a ser adotada para integrar os preceitos constantes deste dispositivo, no trabalho jurídico prático, explicitado por Friedrich Müller (2013, p. 257), de integração da norma, integração essa que surge da relação interdependente do programa da norma com âmbito da norma, ou seja, com a realidade que cerca a situação concreta ou criada para discussão. Como o § 1º do art. 61 do texto constitucional, ao proibir a iniciativa legislativa em determinadas matérias, vai de encontro à função precípua do Poder Legislativo, os seus preceitos constituem matéria de direito estrito, não passível de ser presumida ou de ser interpretada de forma ampliativa. Como explicará o Ministro Celso de Melo, em transcrição feita mais à frente nesta pesquisa, os dispositivos que implicam limitação de um Poder somente podem derivar de “norma constitucional explícita e inequívoca”⁶⁶.

Bem, sendo assim, é de ser observar que a mudança proporcionada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, na letra “e” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição, quando retirou a original proibição estabelecida pelo constituinte de 1988 de o Legislativo iniciar o processo legislativo para propor mudanças de estruturação e de atribuições dos ministérios e dos órgãos da Administração Pública, ela aumentou consideravelmente a possibilidade de o Parlamento legislar sobre políticas públicas, já que muito deste tema pode passar por mudanças na estrutura e na modificação de atribuições dos órgãos do Governo. Sobre esse ponto, a mesma Emenda Constitucional nº 32, de 2001, apenas concedeu ao Presidente da República, de forma privativa, por meio do inciso VI do art. 84 da Carta Política, a possibilidade de dispor, mediante decreto autônomo, sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, quando tal medida não implicar aumento de despesa. Dessa conjugação, é possível criar conjecturas de que o Parlamento pode propor políticas públicas que, de alguma forma, modifiquem a estrutura ou as atribuições dos ministérios ou dos órgãos da Administração, desde que aponte as

⁶⁶ ADI 724 MC/RS – Rel: Min. Celso de Mello – J:7/5/1992 – Medida liminar indeferida por maioria, vencidos os Min. Marco Aurélio, Paulo Brossard e Néri da Silveira. Pub: DJ de 27/4/2001, p. 56.

fontes de recursos para tais mudanças e desde que elas estejam em consonância com o PPA, com a LDO e com a LOA.

Não cabe, portanto, transplantar para a análise das limitações impostas ao Parlamento pelo § 1º do art. 61 da Constituição a proibição constante do inciso I do art. 63 do texto constitucional, que veda aos deputados federais e senadores a possibilidade de apresentação de emendas a projetos de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República, visto que, conforme já frisado, no tocante à restrição a um Poder, as limitações somente podem ter lugar por meio de norma constitucional explícita e inequívoca, o que, após o advento da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, não mais existe para o caso.

Isto posto, o estudo passa agora a apresentar o resultado de pesquisa realizada nos relatórios e pareceres das Comissões do Senado e da Câmara dos Deputados relativos aos Projetos de Lei do Senado apresentados entre 2007 e 2011 (53ª Legislatura), pesquisa essa que teve como fito aquilatar como tem se desdobrado o processo legislativo de matérias possivelmente sujeitas à reserva de iniciativa legislativo concedida ao Presidente da República.

3.3.2 Resultado da pesquisa realizada nos relatórios e pareceres das Comissões Permanentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados relativos aos Projetos de Lei do Senado apresentados durante a 53ª Legislatura (2007-2011)

A pesquisa realizada na documentação parlamentar referente à reserva de iniciativa legislativa que, originária do Senado Federal entre 1/2/2007 e 31/1/2011 – 53ª Legislatura –, tramitou (ou ainda tramita) nas duas Casas Legislativas teve início com a análise das ementas dos Projetos de Lei do Senado (PLS)⁶⁷ apresentados no período delimitado por este trabalho. Nas ementas, os parâmetros de busca, justificados pelos tópicos frasais das alíneas do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, foram: criação de órgãos da Administração; criação de cargos, funções ou empregos públicos; militares; servidores públicos; e aumento de remuneração. Feita essa primeira triagem, a investigação procurou responder às seguintes perguntas: 1) O PLS é pertinente ao tema da reserva de iniciativa legislativa? 2) Ele foi distribuído por presidente de comissão para ser relatado? 3) Há

⁶⁷ O PLS é um projeto de lei de autoria de Senador ou de Comissão do Senado Federal.

relatório apresentado? 4) O relatório foi discutido por um colegiado? 5) O PLS tem parecer de comissão? 6) Ele foi aprovado pelo Senado Federal? 7) O Projeto de lei (ou seu Substitutivo) tem importância para a implantação ou o aperfeiçoamento de relevante política pública; e 8) Qual é a situação do PLS na Câmara dos Deputados?

A primeira Sessão Legislativa da 53^a Legislatura, ou seja, o ano civil de 2007, encontrou, no seu início, o Senado Federal com 1.173 Projetos de Lei pendentes de apreciação, sendo que destes, 93 eram Complementares. Durante o ano, foram apresentados 692 PLS e 49 PLS Complementares, totalizando 741 projetos numerados em 2007. Em comparação com os outros anos, o primeiro de cada Legislatura comporta a apresentação de um maior número de projetos de lei, principalmente em razão de os parlamentares estarem chegando dos seus redutos eleitorais com várias ideias novas e com promessas de campanha a serem cumpridas. No tocante à reserva de iniciativa legislativa, dos projetos de lei apresentados por senadores ou por Comissões da Casa em 2007, 62 autorizam a criação⁶⁸ ou criam órgãos da Administração Pública⁶⁹; 23 dizem respeito ao regime jurídico dos servidores públicos⁷⁰; e 46 autorizam a criação de Zonas de Processamento de Exportação (ZPE)⁷¹, ou seja, a criação de áreas de livre comércio destinadas à instalação de empresas voltadas à produção de bens a serem comercializados exclusivamente com o exterior.

O ano de 2008 começou com 1.758 projetos de lei pendentes de apreciação pelo Senado Federal, dos quais 140 eram Complementares. A segunda Sessão Legislativa de cada Legislatura marca o ano de realização das eleições municipais para os cargos de prefeito e vereador e, muito em função disso, o número de matérias apresentadas pelos parlamentares diminui um pouco, pois eles, durante o período eleitoral (julho a outubro), acompanham de perto a evolução política de suas bases nos Estados. Em 2008, foram apresentados no Senado 494 projetos de lei,

⁶⁸ Autorizam a criação de órgãos da Administração Pública: PLS, de 2007, nºs 1, 17, 29, 64, 116, 143, 189, 195, 204, 215, 233, 252, 256, 291, 331, 341, 372, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 412, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 459, 473, 484, 485, 494, 541, 563, 569, 575, 583, 602, 603, 609, 643, 644, 647, 650, 659, 662, 675, 698.

⁶⁹ Criam órgãos da Administração Pública: PLS, de 2007, nºs 129, 261, 312, 370, 528, 607, 651, 686, 708, 715.

⁷⁰ Alteram a regulação do regime jurídico de servidores públicos: PLS, de 2007, nºs 14, 23, 31, 33, 48, 67, 72, 86, 104, 122, 128, 144, 161, 290, 324, 344, 354, 393, 419, 472, 479, 527, 734.

⁷¹ Autorizam a criação de ZPE: PLS, de 2007, nºs 234, 235, 254, 306, 349, 350, 351, 352, 356, 357, 361, 364, 366, 377, 379, 380, 381, 382, 391, 394, 395, 397, 415, 418, 439, 440, 441, 457, 458, 487, 488, 489, 490, 491, 508, 515, 529, 534, 535, 536, 554, 560, 631, 648, 716, 729.

dos quais 27 eram Complementares. Desse total, dizem respeito à reserva de iniciativa legislativa, 42 que criam⁷² ou autorizam⁷³ a criação de órgãos públicos; 29 que tratam do regime jurídico do servidor público⁷⁴; e 7 que autorizam a criação de ZPE⁷⁵.

Ao iniciar a terceira Sessão Legislativa da 53^a Legislatura já havia pendentes de análise 1.881 PLS e 165 PLS Complementares, totalizando 2.046 projetos de lei. Nesse ano de 2009, foram apresentados 584 Projetos de Lei do Senado, sendo que destes 42 eram Complementares. Em relação à reserva de iniciativa, do total de projetos apresentados em 2009, 42 versam sobre a criação⁷⁶ ou autorização⁷⁷ para criação de órgãos da Administração Pública; 27 projetos de lei tocam no regime jurídico dos servidores públicos⁷⁸; e 9 dizem respeito à autorização para criação de áreas de livre comércio⁷⁹.

A quarta Sessão Legislativa da 53^a Legislatura marcou o ano das eleições gerais para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador de Estado, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual. Com mais razão do que na segunda Sessão Legislativa, o número de projetos de lei apresentados na última Sessão Legislativa da Legislatura torna-se bem reduzido – como nesse exemplo de 2010 –, se comparado com os outros anos. Isso ocorre muito porque nos 60 dias anteriores às eleições gerais, o Senado Federal passa a funcionar, conforme prescreve o parágrafo único do art. 2º do seu Regimento Interno, de acordo com o disposto no Regimento Comum que, em seu art. 2º, determina que “as sessões que não tiverem data legalmente fixada serão convocadas pelo Presidente do Senado ou

⁷² Criam órgãos da Administração Pública: PLS, de 2008, n^{os} 191, 256, 257, 321, 419.

⁷³ Autorizam a criação de órgãos da Administração Pública: PLS, de 2008, n^{os} 13, 25, 39, 69, 92, 93, 113, 123, 130, 159, 161, 165, 166, 167, 168, 222, 226, 278, 288, 303, 343, 354, 355, 377, 398, 401, 415, 416, 417, 428, 429, 430, 431, 446, 447, 448, 485.

⁷⁴ Alteram a regulação do regime jurídico de servidores públicos: PLS, de 2008, n^{os} 3, 4, 9, 11, 27, 31, 48, 56, 58, 67, 79, 152, 153, 170, 173, 179, 195, 196, 197, 206, 244, 248, 273, 319, 320, 392, 418, 471, 474.

⁷⁵ Autorizam a criação de ZPE: PLS, de 2008, n^{os} 132, 133, 232, 245, 246, 326, 478.

⁷⁶ Criam órgãos da Administração Pública: PLS, de 2009, n^{os} 18, 24, 210, 490, 548.

⁷⁷ Autorizam a criação de órgãos da Administração Pública: PLS, de 2009, n^{os} 26, 47, 90, 101, 120, 122, 169, 197, 224, 240, 264, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 288, 289, 297, 298, 299, 307, 319, 334, 341, 343, 359, 360, 370, 381, 398, 486, 495, 518, 534, 543.

⁷⁸ Alteram a regulação do regime jurídico de servidores públicos: PLS, de 2009, n^{os} 3, 5, 70, 77, 82, 103, 113, 121, 139, 141, 146, 154, 190, 231, 244, 251, 291, 315, 323, 329, 385, 433, 463, 474, 529, 545, 560.

⁷⁹ Autorizam a criação de ZPE: PLS, de 2009, n^{os} 93, 122, 130, 131, 155, 353, 511.

seu Substituto”⁸⁰. Com isso, as sessões deliberativas ordinárias dão lugar ao que se convencionou chamar de esforço concentrado, no qual a Casa se reúne, normalmente uma ou duas vezes por mês, dentro do período eleitoral, para deliberar sobre matérias previamente acordadas pelos líderes dos partidos. Em 2010, que começou com 2.236 projetos de lei pendentes de apreciação, foram apresentados 336 PLS, dos quais 20 eram Complementares. Desse conjunto de novas proposições, 14 tratam da criação⁸¹ ou da autorização⁸² para a criação de órgãos da Administração Pública; 15 procuram regular o regime jurídico dos servidores públicos⁸³; e 2 autorizam a criação de zonas de processamento de exportação⁸⁴.

Primeiramente, ficou claro que, dentro dos limites e do escopo da pesquisa voltada para o vício de iniciativa, somente foram encontrados projetos de iniciativa parlamentar que criam ou autorizam a criação de órgãos públicos, que tratam do regime jurídico do servidor público ou que criam ZPE. Questões relativas ao aumento da remuneração dos cargos, funções ou empregos públicos (art. 61, § 1º, inciso II, letra “a”, *in fine*, da CF) ou aos militares das Forças Armadas (art. 61, § 1º, inciso II, letra “f”, da CF) não foram identificadas. A investigação mostrou, num segundo passo, que a divisão teórica proposta na formulação da pesquisa não se efetiva na prática, vez que os temas empregados para orientar a busca encontram-se imbricados na redação dos projetos de lei. Os projetos de lei que autorizam a criação de escolas técnicas federais, por exemplo, carregam no seu bojo um dispositivo que também cria cargos de direção e funções gratificadas necessárias à instituição da entidade⁸⁵.

A pesquisa fina realizada nos textos dos Projetos de Lei do Senado da 53ª Legislatura – inicialmente destacados como passíveis de ferir a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – com o objetivo de identificar a pertinência da matéria com o objeto da investigação, mostrou que os senadores lançam mão, de

⁸⁰ Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010) e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011.

⁸¹ Criam órgãos da Administração Pública: PLS, de 2010, nºs 65, 105, 169.

⁸² Autorizam a criação de órgãos da Administração Pública: PLS, de 2010, nºs 44, 113, 122, 124, 133, 168, 173, 200, 265, 301, 331.

⁸³ Alteram a regulação do regime jurídico de servidores públicos: PLS, de 2010, nºs 28, 29, 30, 66, 74, 112, 204, 207, 229, 232, 235, 258, 266, 267, 318.

⁸⁴ Autorizam a criação de ZPE: PLS, de 2009, nºs 185, 291.

⁸⁵ Como exemplo, pode ser citado o PLS nº 143, de 2007, que “autoriza o Poder Executivo a criar a Escola Técnica Federal de Porto Alegre”.

forma maciça, do artifício da apresentação de projetos “autorizativos” para terem seus projetos aprovados. Para se ter uma ideia de quantidade, no período limitado pela pesquisa, foram apresentados apenas 13 projetos de lei com o intuito de criar órgãos da Administração Pública, ao tempo em que as proposições que autorizam a criação dos citados órgãos remontam ao número de 116 matérias. Destas, 47 autorizam a criação de universidades federais, *campi* de universidades e institutos federais de educação, ciência e tecnologia; 46 autorizam a criação de escolas técnicas federais; 12 de centros federais de tecnologia (CEFET); 4 autorizam a criação de agências reguladoras; e 2 de fundações federais. Matérias isoladas autorizam a criação da Secretaria Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio; da Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA); da Escola Nacional de Segurança Pública e Proteção Social; e do Instituto do Coração.

Essa plethora de projetos de lei de natureza autorizativa visa a tentar contornar a clara inconstitucionalidade por vício de iniciativa. Com o argumento de que a aprovação de uma proposição legislativa autorizativa funciona como um indicativo do Parlamento ao Poder Executivo para que este possa efetivamente implementar a medida aprovada, os senadores, como última opção política, apresentam projetos de lei que atendem aos anseios de seus redutos eleitorais, de sua região ou de seu Estado, mas que estão sujeitos ao questionamento constitucional mesmo que sancionados pelo Chefe do Poder Executivo e transformados em lei.

No Senado Federal, a prática da apresentação de projetos de lei autorizativos encontrou um suporte de peso quando foi aprovado, em Plenário, o Parecer nº 527, de 1998, da lavra do Senador Josaphat Marinho, discutido e, previamente, também aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A questão surgiu por consulta formulada por meio do Requerimento nº 771/1996, de 15 de agosto de 1996, à Mesa do Senado, por iniciativa do Senador Lúcio Alcântara, que desejava “orientação referente aos projetos de lei autorizativa”⁸⁶. A resposta do Senador Josaphat Marinho – o Parecer nº 527, de 1998 – foi categórica:

⁸⁶ Requerimento nº 771, de 1996. Disponível em <www.senado.gov.br>. Acesso em 5 abr. 2013.

Descabe a impugnação de toda e qualquer lei dita autorizativa, em geral, sob a análise de sua constitucionalidade e juridicidade. As leis autorizativas administrativas, orçamentárias e tributárias têm apoio doutrinário, jurídico e legal, encontrando confirmação jurisprudencial quanto à sua formação, motivo pelo qual se recomenda sua admissibilidade.⁸⁷

A pesquisa mostrou que a interpretação dada pelo Senador Josaphat Marinho no Parecer nº 527, de 1998, referendada pelo Plenário do Senado, de que “o efeito jurídico de uma lei autorizativa é o de sugerir ao Chefe do Poder Executivo, como forma de colaboração, a prática de ato de sua competência e, sendo, os Poderes autônomos, porém harmônicos, é permitido o procedimento conjugado”⁸⁸, possibilitou que, no período analisado, dos 116 projetos de lei autorizativos, 99 deles fossem aprovados e remetidos para revisão da Câmara dos Deputados. Isso sem contar os projetos de lei que, não sendo autorizativos originalmente, foram assim transformados, para contornar o vício de inconstitucionalidade. No caso, dos 13 projetos de lei que criavam órgãos da Administração Pública, 5 foram transformados em autorizativos, aprovados e remetidos à Câmara dos Deputados.

É de se destacar que o fato de o Regimento Interno do Senado Federal (RISF), diferentemente do da Câmara dos Deputados, não determinar que todos os projetos de lei devam obrigatoriamente ser analisados pela CCJ facilita que as comissões de mérito aprovem matérias que certamente poderão ser questionadas pelos aspectos de constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa. O RISF determina que esses quesitos sejam analisados por todas as comissões permanentes, mas a prática tem mostrado que essa abertura regimental não é benéfica, pois a pressão política pela aprovação do mérito reduz a atenção dispensada pelos colegiados aos critérios que, na CCJ, são função precípua, ou seja, a avaliação da constitucionalidade e da legalidade das proposições.

Na Câmara dos Deputados, porém, os dispositivos constitucionais que estabelecem a reserva de iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo são tratados de modo bem mais restritivo do que o são no Senado. E não podia ser diferente! A Casa de representação popular, com seus 513 deputados federais, possui mais do que o sêxtuplo do número de senadores, ávidos por espaço político

⁸⁷ Parecer nº 771, de 1998. Diário do Senado Federal nº 133, de 24 out. 1998, p. 14.546. Disponível em <www.senado.gov.br>. Acesso em 5 abr. 2013.

⁸⁸ Parecer nº 771, de 1998. Diário do Senado Federal nº 133, de 24 out. 1998, p. 14.546. Disponível em <www.senado.gov.br>. Acesso em 5 abr. 2013.

num intervalo de tempo diminuto, se considerarmos a realização das eleições municipais que medeiam o mandato. Se não houvesse um controle formal mais rigoroso do teor das matérias apresentadas, expurgando aquelas que notoriamente desrespeitam os textos legais, a Câmara dos Deputados não teria condições de analisar os projetos de relevo para a sociedade.

No Senado, a pesquisa mostrou que a quase totalidade dos projetos de lei que criam ou autorizam a criação de instituições de ensino público federais, por exemplo, não são distribuídos para a instrução da CCJ. Normalmente são despachados apenas para a Comissão de Educação e Cultura e, mais ainda, em caráter terminativo. Na Câmara dos Deputados, isso não acontece, pois o seu Regimento Interno, no art. 53, determina que todas as proposições, exceto os requerimentos, devem ser apreciadas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), “para exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o mérito, quando for o caso”⁸⁹. A CCJC, por sua vez, possui decisão sumulada acerca dos projetos de lei que ferem a iniciativa reservada do Poder Executivo, autorizativos ou não, conforme se vê:

SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA 1 - PROJETOS AUTORIZATIVOS

1. Entendimento:

1.1. Projeto de lei, de autoria de Deputado ou Senador, que autoriza o Poder Executivo a tomar determinada providência, que é de sua competência exclusiva, é inconstitucional.

1.2. Projeto de lei, de autoria de Deputado ou Senador, que dispõe sobre a criação de estabelecimento de ensino é inconstitucional.

2. Fundamento:

2.1. § 1º do art. 61 da Constituição Federal

2.2. § 1º e inciso II do art. 164 do Regimento Interno.⁹⁰

Com esses dados, é fácil notar que todos aqueles projetos que, aprovados pelo Senado Federal, incidem em vício de inconstitucionalidade por ferirem a regra da iniciativa reservada de outro Poder seriam arquivados na CCJC, mas, antes que isso aconteça, eles são arquivados pela Comissão de Fiscalização e Controle (CFT). Esta Comissão, por força do art. 53, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, é passagem obrigatória para todos os projetos de lei que tramitam na

⁸⁹ BRASIL. Congresso Nacional Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Resolução nº 17, de 1989. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 5 abr. 2013.

⁹⁰ Câmara dos Deputados. CCJC. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 3 mar. 2013.

Casa, exceto os requerimentos, para o “exame dos aspectos financeiro e orçamentário públicos, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, e para o exame do mérito, quando for o caso”⁹¹. A CFT possui súmula que, na prática, impede o avanço dos projetos de lei que tocam na iniciativa legislativa reservada dos outros Poderes, uma vez que essas matérias não apontam o impacto nos orçamentos públicos, bem como não mostram o caminho para compensar esses gastos, conforme se depreende da leitura da súmula:

SÚMULA - CFT nº 1/08

É incompatível e inadequada a proposição, inclusive em caráter autorizativo, que, conflitando com as normas da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal - deixe de apresentar a estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro bem como a respectiva compensação.⁹²

Esta súmula da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados coloca, na prática, um ponto final na tramitação de, dentre outros, todos os Projetos de Lei do Senado que criam ou autorizam a criação de Zonas de Processamento de Exportação ou de Áreas de Livre Comércio. Tais matérias, que no Senado Federal, não encontram obstáculos de vulto para a sua tramitação, são arquivadas na Câmara dos Deputados, em decisão terminativa da CFT, por não vencerem o exame da compatibilidade ou adequação financeira e orçamentária.

A CFT leva em conta que é replicado nas leis de diretrizes orçamentárias dispositivo⁹³ que condiciona à aprovação de proposições legislativas, sob a forma de projetos de lei, decretos legislativos ou medidas provisórias, que importem ou autorizem diminuição da receita ou aumento da despesa da União, a apresentação de estimativas desses efeitos, elaboradas ou homologadas por órgão da União, para cada um dos exercícios financeiros do Plano Plurianual (PPA). Além disso, o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁹⁴ exige estar a proposição legislativa acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, assim como sua compatibilidade com

⁹¹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 5 abr. 2013.

⁹² Câmara dos Deputados. CFT. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 3 mar. 2013.

⁹³ Na Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2011 (Lei nº 12.309, de 2010), essa regra encontra-se no art. 91.

⁹⁴ Lei Complementar nº 101, de 2000.

o cumprimento das metas fiscais estabelecidas na LDO e o atendimento de pelo menos uma de duas condições. A primeira é de que a proposição demonstre que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da LDO. A segunda condição alternativa é de que a matéria legislativa seja acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, da ampliação de base de cálculo ou da majoração ou criação de tributo ou contribuição, podendo o benefício entrar em vigor apenas quando implementadas tais medidas⁹⁵.

Tais restrições conduzem a que matérias que estabeleçam ou aperfeiçoem políticas públicas somente tenham origem no Poder Executivo ou, se originárias do Parlamento, encontrem previsão expressa no PPA, na LDO e na LOA. Toda essa análise leva a crer que, pela necessária unicidade de comando e de esforços no trato do planejamento do orçamento público, é na tramitação das três leis orçamentárias que os parlamentares têm as melhores condições de influir para colocar em discussão, por meio de emendas às peças encaminhadas pelo Poder Executivo, propostas de criação de órgãos públicos, bem como matérias que, de alguma forma, interfiram no regime jurídico dos servidores públicos.

É interessante notar que, por força do art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, tanto o Parecer da Comissão de Finanças e Tributação, sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição, quanto o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria têm caráter terminativo, o que conduz a proposição legislativa sob análise para o arquivo sem a necessidade de pronunciamento do Plenário da Casa.

No caso de criação ou autorização de criação de instituições educacionais federais por iniciativa parlamentar, a posição da Comissão de Educação (CE) da Câmara dos Deputados – passagem obrigatória dessas matérias – é patente no sentido de rejeitar projetos dessa natureza, em respeito à súmula a seguir transcrita:

⁹⁵ Análise completa encontra-se no Parecer da CFT ao PL nº 4727, de 2009, da lavra do Deputado Júlio César. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 26 abr. 2013.

SÚMULA DE RECOMENDAÇÕES AOS RELATORES Nº 1/2001 – CE

PROJETO DE LEI DE CRIAÇÃO DE INSTITUIÇÃO EDUCACIONAL FEDERAL, EM QUALQUER NÍVEL OU MODALIDADE DE ENSINO

Por implicar na criação de órgãos públicos, e, obviamente, em cargos, funções e empregos, além de acarretar aumento de despesa, a iniciativa legislativa da criação de instituições educacionais, em qualquer nível ou modalidade de ensino, é privativa do Poder Executivo. (Ver art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal).

Projetos de Lei desse teor são meramente autorizativos e, portanto, inócuos, pois não geram nem direitos nem obrigações, por parte do Poder Público, já que o mesmo detém a competência de tais prerrogativas.

[...]

Portanto, o Parecer do Relator de um PL que vise à criação de Instituição Educacional Pública, em qualquer nível ou modalidade de ensino, deverá concluir pela rejeição da proposta, logicamente ouvido o Plenário.

A criação de Instituição Educacional, repita-se, deve ser sugerida na proposição do tipo INDICAÇÃO, a ser encaminhada ao Poder Executivo. (Ver RI/CD, art. 113), diretamente pelo próprio Autor ou através da Comissão, e neste caso, após ouvido o Plenário.⁹⁶

Esta súmula da Comissão de Educação da Câmara dos Deputados destaca a Indicação Legislativa como uma das soluções para o atingimento do objetivo proposto num projeto de lei que seja meritório, mas que, formalmente, venha a ferir a iniciativa reservada a outro Poder, quando a matéria interfere na função administrativa desse Poder. Conforme explica o art. 113 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a Indicação é uma proposição legislativa que tem como uma de suas finalidades, “sugerir a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva”⁹⁷. O Senado Federal não possui esse instituto legislativo no seu Regimento Interno com tal finalidade, o que, certamente, contribui para o grande número de proposições eivadas do vício de inconstitucionalidade por incidência nas reservas de iniciativas de outros Poderes, já que a Indicação é uma boa saída política para dar respostas aos anseios das bases eleitorais.

Durante o período delimitado por esta pesquisa, não foi observada evolução de entendimento pelo Senado no tocante à tramitação de projetos de lei que incidem em vício de inconstitucionalidade por ferirem cláusula de reserva de iniciativa legislativa. Mesmo tendo conhecimento de que a Câmara dos Deputados, por força

⁹⁶ Câmara dos Deputados. CE. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 3 mar. 2013.

⁹⁷ Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 5 abr. 2013.

de súmulas editadas por suas comissões permanentes, tem por norma arquivar tais proposições legislativas, o Senado Federal prossegue na prática de aprovar tais matérias sob o manto dos projetos de natureza autorizativa.

No entanto, em 2011, a situação no Senado começou a tomar novo rumo. O Presidente da Comissão de Educação, Senador Roberto Requião, requereu⁹⁸ à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania um parecer sobre a constitucionalidade das proposições de natureza autorizativa. Em resposta, a CCJ apresentou parecer que altera o entendimento do Senador Josaphat Marinho, que dava suporte à aprovação de projetos de lei autorizativos. O novo parecer da CCJ define que:

- 1) devem ser declarados inconstitucionais os projetos de lei de iniciativa parlamentar que visem a conceder autorização para que outro Poder pratique atos inseridos no âmbito de sua respectiva competência, quando versem sobre matéria de iniciativa reservada a esse Poder (projetos de lei autorizativa);
- 2) cumpre informar que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aprovou, em 6 de abril de 2011, Substitutivo ao Projeto de Resolução do Senado (PRS) nº 74, de 2009, que insere no art. 224 do Regimento Interno do Senado Federal a hipótese de indicação que visa a sugerir a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva. O Substitutivo contém regra de transição, que permite a formulação de requerimento de indicação como conclusão aos pareceres dos projetos de lei autorizativa em curso. A matéria, contudo, ainda se encontra em tramitação na Casa.⁹⁹

Essa nova interpretação dada pelo Senado à maneira de abordar a tramitação dos projetos de lei autorizativos se, por um lado, expõe a impossibilidade de se lograr êxito com estas proposições, por outro, oferece encaminhamentos plausíveis para a aprovação de matérias de iniciativa reservada, quando julgadas relevantes para o país. Esta investigação descortinou a possibilidade de, sem alterar o texto constitucional relativo às iniciativas reservadas a outros Poderes, se ver aprovada uma proposição que incida na prerrogativa exclusiva de iniciativa do Poder Executivo, de criação de um *campus* de universidade federal, por exemplo, desde que seja por meio de emendas de parlamentar ou de Comissão de uma das Casas aos projetos de lei que regulam os orçamentos públicos, quais sejam o do plano

⁹⁸ Requerimento nº 3, de 2011-CE. Disponível em <www.senado.leg.br>. Acesso em 20 mar. 2013.

⁹⁹ Parecer da CCJ retratado na tramitação do PLS nº 643/2007. Disponível em <www.senado.leg.br>. Acesso em 4 abr. 2013.

plurianual (PPA), o das diretrizes orçamentárias (LDO) e do orçamento anual (LOA). A outra possibilidade está clara e se materializa com a utilização da proposição legislativa Indicação como ferramenta para sugerir a outro Poder o envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva.

Uma terceira via, que também não leva em conta qualquer mudança do texto da Constituição para a aprovação de projetos de lei oriundos do Parlamento que firam a exclusividade de iniciativa de outro Poder, pode surgir com o auxílio dos métodos de interpretação constitucional, que serão vistos no capítulo seguinte. Da análise da importância da propositura para a implantação ou o aperfeiçoamento de uma política pública aliada ao estudo realizado para identificar que tipo de função política está mais em evidência no processo – para o Executivo, por exemplo, se predomina para o caso concreto a função governamental, a função de chefe da Administração ou a função de Chefe de Estado –, é possível realizar uma interpretação que permita a aprovação de uma matéria legislativa que, numa primeira visão, incidiria nas prerrogativas de iniciativa exclusiva de outro Poder.

Ora, a concepção de integração de funções políticas de Karl Loewenstein leva a pensar que não caberia fulminar um projeto de lei de origem parlamentar por vício de inconstitucionalidade relativo à reserva de iniciativa exclusiva quando a função que se evidencia como preponderante na decisão é de cunho político-partidário, ou seja, está na seara do Poder Governamental. Se se trata de uma decisão política, que prepondera sobre os aspectos atinentes ao Poder da Administração, por exemplo, nada mais plausível que o Parlamento possa iniciar sua discussão sem qualquer tipo restrição.

Na busca de matérias dessa natureza, a pesquisa, no período delimitado, pinçou, por exemplo, dez projetos de lei da lavra do Senador Cristovam Buarque que, na interpretação aqui proposta, são iniciativas de políticas públicas relevantes para o sistema educacional do país¹⁰⁰, merecendo, portanto, terem um tratamento

¹⁰⁰ Trata-se dos Projetos de Lei do Senado: 191/2008, que “cria a Agência Federal para a Coordenação da Segurança Escolar, destinada a apoiar o intercâmbio de experiências, fiscalizar, cobrar e coordenar o trabalho de segurança desenvolvido pelas polícias estaduais e do Distrito Federal e por outros órgãos locais, pelas secretarias de educação, por professores, alunos e servidores, com a finalidade de garantir segurança em torno das escolas e a paz na sala de aula”; 256/2008, que “cria Centros de Pesquisa e de Desenvolvimento da Educação nas instituições federais de educação superior”; 257/2008, que “cria a Agência Federal para a Avaliação Escolar, destinada a implementar processos de avaliação da educação básica e controlar, vigiar e fiscalizar os

diferenciado que justificaria, pelo menos, a discussão do mérito das matérias. Das dez matérias selecionadas, apenas uma, o PLS nº 256, de 2008, que cria “Centros de Pesquisa e de Desenvolvimento da Educação nas instituições federais de educação superior”¹⁰¹ foi aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados, mas lá se encontra com parecer da Comissão de Educação pela rejeição e arquivamento.

Esta investigação revelou que a reserva de iniciativa legislativa – concedida pela Constituição Federal ao Poder Executivo – imposta como limitação à atuação do Parlamento afigura-se como um obstáculo sem fundamentação, quando se trata de decisões ligadas à função política governamental. Ela poderia ser até justificável pela centralização do comando e controle da Administração, em alguns casos também quando relacionada ao Poder do Chefe de Estado, mas não encontra respaldo quando se trata de discutir as ações de governo, que são eminentemente políticas.

A pesquisa mostrou, por fim, que não há evidência de que as Comissões Permanentes do Senado, enquanto colegiados, tenham tido, como era de se esperar, a iniciativa de apresentação de projetos de lei que, dentro de suas áreas temáticas, proponham a implantação ou o aperfeiçoamento de políticas públicas. Essa lacuna na atuação do Parlamento, por seu turno, abre também espaço para que o Poder Executivo assuma de longe a liderança na propositura de políticas públicas para o país.

gestores do sistema educacional”; 321/2008, que “cria a Escola Nacional de Gestores Educacionais (ENGE) e autoriza o Poder Executivo a dispor sobre o seu funcionamento”; 278/2008, que “autoriza o Poder Executivo a criar, no Ministério da Educação, o Programa Cesta Básica do Livro, para garantir um acervo mínimo de livros às famílias de estudantes do ensino público fundamental e médio”; 518/2009, que “altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, para transformar o Ministério da Educação em Ministério da Educação de Base”; 14/2007, que “altera a Lei nº 9.394, de 1996, para dispor sobre a obrigatoriedade do ensino da Libras na educação infantil e no ensino fundamental”; 31/2007, que “Acréscita artigo na Lei nº 9.394, de 1996, para determinar que as mudanças de lotação e remanejamentos de professores da rede pública de ensino sejam efetivadas antes do início do ano letivo”; 4/2008, que “insere o art. 67-A na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para instituir o regime de dedicação exclusiva para os profissionais da educação básica pública, e dá outras providências”; e 320/2008, que “cria o Programa Federal de Educação Integral de Qualidade para Todos e a Carreira Nacional do Magistério da Educação de Base”.

¹⁰¹ Avulso do PLS nº 256, de 2008. Disponível em <www.senado.leg.br>. Acesso em 20 abr. 2013.

3.4 Considerações parciais

A análise feita nesse capítulo, que procurou dar um enfoque prático do processo legislativo realizado no âmbito interno do Congresso Nacional em relação às limitações impostas pela reserva de iniciativa legislativa concedida ao Poder Executivo, descortinou importantes considerações sobre o tema objeto deste estudo. Inicialmente, mostrou que o estabelecimento da reserva de iniciativa legislativa exclusiva ao Poder Executivo foi obra de governos ditatoriais, notadamente no período fechado da Era Vargas e na Ditadura Militar de 1964-1985, o que, por si só, já apequena o instituto. A manutenção dessa prerrogativa no texto constitucional de 1988 deveu-se à influência exercida pelo Poder Executivo na atividade *interna corporis* do Legislativo, durante a Constituinte de 1987-1988, influência essa que permanece atuante no seio do Congresso Nacional hodiernamente.

A reserva de iniciativa legislativa prevista no § 1º do art. 61 da Constituição Federal tem se mostrado um óbice de vulto para a admissão de uma política pública proposta por parlamentares ou por Comissões das duas Casas Legislativas do Congresso Nacional. Como uma política pública é, por definição, um programa de ação governamental, ela forçosamente lançará mão do trabalho de servidores públicos lotados em órgãos da administração pública; e, como tem sido realizada, no processo legislativo de tramitação de matérias do Parlamento, uma interpretação extensiva dos preceitos do citado dispositivo, especialmente dos constantes das letras “c” e “e” do inciso II do § 1º do art. 61 do texto constitucional, os parlamentares têm sido impedidos de iniciar a discussão de qualquer proposta de lei que estabeleça ou aperfeiçoe uma política pública, mesmo que esta seja altamente relevante para a população.

Essa forma extensiva de interpretar os dispositivos da reserva de iniciativa legislativa – e aqui está o ponto – está em desacordo com a doutrina e a jurisprudência que entendem que as limitações impostas a um Poder pelo texto constitucional constituem matéria de direito estrito, não sendo, portanto, passível de ser presumida ou de ser interpretada de forma ampliativa. Conforme explicitado, os preceitos legais que implicam limitações às funções precípua de um Poder da República somente podem ter origem em norma constitucional explícita e inequívoca.

Outro entendimento falacioso é o de que os dispositivos do § 1º do art. 61 da Constituição Federal estariam protegidos pelo amparo da cláusula pétrea constante do inciso III do § 4º do art. 60 do texto constitucional, ou seja, sob o amparo do princípio da separação de poderes, não podendo, em função disso, ser modificados ou até suprimidos. Tal inteligência não é verdadeira, pois a pesquisa mostrou que tanto a letra “c”, que trata do regime jurídico dos servidores públicos, quanto a letra “e”, que diz respeito à criação ou extinção de órgãos da Administração Pública, já tiveram seus textos originais alterados por meio de emenda constitucional. Não há qualquer restrição até mesmo se a intenção de uma nova Proposta de Emenda à Constituição for suprimir todo o § 1º do art. 61 da Constituição.

É de se destacar que uma dessas emendas constitucionais, a de nº 32, de 2001, quando suprimiu a proibição de o Legislativo iniciar a tramitação de projetos de lei que versem sobre a estruturação ou as atribuições dos órgãos da Administração, ela abriu uma possibilidade concreta de o Parlamento, sem precisar alterar o texto constitucional, apresentar matérias legislativas relativas às políticas públicas que, de alguma forma, discorram sobre esses temas outrora restritos. As restrições que ainda se mantêm, porque razoáveis, são de as propostas apontarem as fontes de recursos para as mudanças e de estarem em conformidade com o PPA, a LDO e a LOA.

A investigação mostrou também que é na tramitação dessas três leis orçamentárias que os deputados federais e os senadores têm condições de influir com maior possibilidade de sucesso, por meio de emendas aos projetos de lei do PPA, da LDO e da LOA, para colocar em discussão propostas que agilizem a implementação de políticas públicas, mesmo que criem cargos, funções ou empregos públicos, bem como estabeleça novos órgãos da Administração, desde que tais medidas sejam discutidas dentro do bojo das peças orçamentárias, com os devidos ajustes entre os relatórios da receita e da despesa.

Outra via que se apresenta exequível para o Parlamento dar uma resposta à sociedade quanto ao estabelecimento de políticas públicas necessárias, mas que, para serem desencadeadas, estariam sob o guarda-chuva patrocinado pela reserva de iniciativa legislativa do Presidente da República, é a utilização do instituto da Indicação, ou seja, de uma proposição legislativa na qual uma das duas Casas

Legislativas sugere a outro Poder o envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva. A Câmara dos Deputados já possui, no seu regimento interno, a previsão desta proposição legislativa, utilizando-a sempre que necessário; o Senado Federal, que não a possui, precisa preencher essa lacuna, alterando seu regimento interno, de modo que também possa, nas circunstâncias apresentadas, propor sugestões de matérias legislativas ao Poder Executivo, quando estas forem de sua exclusiva competência.

Por fim, uma abertura que a pesquisa mostrou, para minimizar as consequências que o Parlamento sofre ao ser tolhido pela reserva de iniciativa legislativa concedida ao Poder Executivo, diz respeito à forma de interpretar os preceitos do texto constitucional constantes do § 1º do art. 61 da Constituição Federal. Com base na concepção de integração de funções políticas visualizada por Karl Loewenstein, é plenamente concebível que, uma vez evidenciada que a função preponderante em determinada situação real é a governamental – não é a administrativa –, membros do Parlamento possam iniciar o processo legislativo de matéria correlata ao tema sem qualquer tipo de restrição. Como as proposições legislativas diretamente ligadas à função governamental possuem um forte viés de cunho político-partidário, não se mostra razoável restringir a ação do Parlamento, a casa política por excelência, na apresentação e na discussão dos assuntos referentes à implementação de políticas públicas no país.

4 PROCESSO LEGISLATIVO E SUAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA REALIDADE JURISPRUDENCIAL DO STF

Neste último capítulo do desenvolvimento, a pesquisa vai à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para focar sua análise nas decisões, que dizem respeito às limitações impostas pela reserva de iniciativa no processo legislativo, tomadas pela Corte no período de 5/10/1988 a 5/10/2012. Ele tem início com um curto embasamento sobre a hermenêutica constitucional, no qual são estudados os métodos de interpretação constitucional, destacados por Inocência Mártires Coelho, e a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, com a finalidade de fornecer o suporte doutrinário para a compreensão da análise realizada pelos Ministros do STF nos tópicos seguintes, no tocante ao processo legislativo relativo às limitações impostas ao Parlamento pela Constituição Federal.

4.1 Processo legislativo e hermenêutica constitucional

As linhas mestras do processo legislativo encontram-se reguladas na Seção VIII (Do Processo Legislativo) do Capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da Organização dos Poderes) da Constituição Federal. Indiretamente, todo o capítulo que trata do Poder Legislativo, de um modo ou de outro, compõe um arcabouço de normas em potência do processo legislativo. É, portanto, valiosa para o presente estudo a análise doutrinária, mesmo que breve, do trabalho hermenêutico aplicado na conformação das normas constitucionais. Para tanto, este escrito, numa primeira fase, busca suporte no pensamento de Inocência Mártires Coelho, pela forma didática em que esse autor apresenta os fundamentos que consubstanciam os métodos de interpretação constitucional. Na sequência, o estudo se apoia na teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller, pela aplicação direta que os seus ensinamentos concedem à discussão sobre a melhor interpretação dos preceitos constitucionais que regulam a reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo.

4.1.1 Métodos de interpretação constitucional

Inocência Mártires Coelho define a interpretação de um preceito jurídico como sendo uma atividade intelectual que tem por objetivo “tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas” (2011, p. 47). Segundo ele,

para muitos juristas, a interpretação constitucional não difere, em essência, da interpretação jurídica das normas infraconstitucionais, mas quase todos reconhecem que “para a exegese da Constituição devam empregar-se regras ou técnicas de interpretação peculiares, distintas das que se utilizam noutros documentos normativos” (2011, p. 45). As diferenças nas técnicas de interpretação estariam ligadas às distinções significativas entre lei e Constituição, pois o constitucionalismo moderno teria como postulados: “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais juízes que legisladores; e mais Constituição do que lei” (2011, p. 29).

A especificidade da interpretação constitucional decorreria da “peculiar estrutura normativo-material das cartas políticas, mais precisamente a da sua parte dogmática, em que se compendiam os chamados direitos fundamentais” (COELHO, 2011, p. 113). A esse tema da especificidade, que gera certa polêmica, junta-se a assertiva de que a hermenêutica constitucional difere também da interpretação jurídica das normas em geral por ser aquela de caráter acentuadamente político, principalmente quando as decisões são tomadas pelas Cortes Constitucionais (COELHO, 2011, p. 27).

No geral, as disposições, sejam textos, sejam enunciados, constantes do ordenamento jurídico formam um elenco de normas potenciais, um conjunto de possibilidades de interpretação (GRAU, 2002, p. 72), que necessita da mediação criadora do intérprete para tomar corpo no mundo real. A participação indispensável do intérprete, que dá compreensão à norma, é função direta de sua pré-compreensão de mundo. Essa pré-compreensão, pelo seu lado, “é prefigurada pela tradição que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos” (COELHO, 2011, p. 24). Não obstante essas dificuldades reais, entende Inocêncio Mártires Coelho que é indispensável “estabelecer padrões mínimos de racionalidade e de controlabilidade na interpretação dos modelos jurídicos” (2002, p. 24) e, para tanto, apresenta como parâmetros de controle e legitimação da atividade hermenêutica:

a consciência jurídica geral e o devido processo legal (*substantive due process/procedural due process*) porque, à luz da experiência histórica, esses critérios de verdade, conquanto não de todo eficazes, têm-se mostrado pelo menos razoáveis, na medida em que impedem os voluntarismos, mas não inibem a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito (COELHO, 2002, p. 26).

A questão é que a interpretação de um texto jurídico que não o coloca em relação aos problemas jurídicos concretos, reais ou imaginários, deixa de revelar completamente o conteúdo significativo da norma, cuja função primordial é regular as situações concretas (COELHO, 2002, 48), uma vez que o sentido do texto normativo somente se materializa no momento de sua aplicação ao caso concreto. A norma não fundamenta, mas sim é o resultado da interpretação, o que vale dizer, “a norma é a sua interpretação” (REALE, 2012, p. 594). Essa constante adequação das normas aos fatos é, segundo Inocêncio Mártires Coelho, “um requisito indispensável à própria efetividade do direito” (2011, p. 61). É interessante observar que esse raciocínio, embora já bem trabalhado, ainda separa a norma do fato, divisão que não se observa na prática jurídica, como será exposto mais à frente, quando for discutida a teoria estruturante do direito.

A tarefa da hermenêutica consiste em concretizar os dispositivos do ordenamento jurídico em cada caso concreto, isto é, na sua aplicação. Essa aplicação deve objetivar resolver os problemas atuais, “segundo critérios de valor que vigoram no presente, e por decisão de quem dispõe de legitimidade para criar modelos jurídicos ou simplesmente preservar a validade dos que foram editados anteriormente” (COELHO, 2011, p. 69). A proposta de se percorrer o caminho do legislador histórico, a fim de identificar os problemas sociais que motivaram determinada resposta normativa pode até ser um recurso aceitável para quem queira defender determinada tese jurídica a todo custo, mas não se sustenta como recurso hermenêutico que tenha por fim estabelecer um critério de verdade intersubjetivo, que possibilite distinguir uma interpretação falsa de uma interpretação verdadeira. Chaïm Perelman ensina que “o fato de manter um velho texto de lei não significa, em absoluto, que o legislador atual deseje que esse texto seja interpretado em conformidade com o espírito daquele que o adotou” (1996, p. 625).

Saindo do geral e reduzindo o espectro de análise, é de se observar que as normas constitucionais são espécies do gênero norma jurídica. Não obstante, “a concretização dos enunciados constitucionais apresenta notas e dificuldades adicionais, se comparada com os problemas enfrentados pelos operadores do direito quando da exegese dos preceitos infraconstitucionais” (COELHO, 2011, p. 27). É certo, porém, que qualquer esforço para especializar a hermenêutica constitucional está condicionado a que seja apontada alguma diferença qualitativa entre esta e a

hermenêutica jurídica das normas infraconstitucionais. Os argumentos mais fortes para a possível diferenciação estão amparados na visão de que, diferentemente dos textos das normas infraconstitucionais, o texto constitucional se fundamenta em princípios e enunciados abertos e indeterminados, conforme se depreende da explanação de Inocêncio Mártires Coelho:

Tendo em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional – essencialmente conformado por princípios jurídicos, por enunciados que são abertos e indeterminados e só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores –, parece ser lícito concluir que, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizá-los, ou se renuncia à pretensão de manter viva a Constituição (2011, p. 107).

Essa especificidade da interpretação constitucional seria, então, muito mais uma decorrência da própria estrutura normativo-material e da natureza aberta dos princípios constantes do texto constitucional. Porém, é de se notar que a Constituição possui dispositivos que compõem regras de direito, ou seja, são proposições jurídicas completas como as que caracterizariam a legislação infraconstitucional, bem como nada impede que os intérpretes tratem “como princípios, para disso extraírem as conclusões desejadas, certas disposições normativas, precisamente no momento da interpretação, mesmo sem qualquer determinação expressa do legislador nesse sentido” (COELHO, 2011, p. 35). Além disso, há princípios que são extraídos da legislação infraconstitucional e outros que são conformados pela jurisprudência dos tribunais ou pela mão dos doutrinadores.

Não obstante todas essas ponderações que apontam falhas na defesa da especificidade da interpretação constitucional, é importante destacar que boa parte das regras constantes do texto constitucional de 1988 somente encontra fundamento para aplicação quando analisada em função de princípios constitucionais que lhe dão suporte. É bem esse o caso presente das limitações constitucionais impostas pelo § 1º do art. 61 da Constituição Federal ao poder de o Parlamento iniciar o processo legislativo – atividade essa que, junto com a fiscalização, é a razão de ser do Poder Legislativo – e que somente encontram razão de ser na atualidade quando entendidas como um dos braços do princípio da independência e harmonia entre os poderes, constante do art. 2º do texto constitucional. Essas duas características – independência e harmonia –, é bom que se diga, não são encontradas na prática cotidiana do exercício do Poder, pois a constatação é a de que há mesmo é uma

interdependência de funções longe de alcançar uma harmonia plena, aliás, situação que dá o real mote para a evolução política e social da nação. A ligação doutrinária estabelecida entre o que preceitua o § 1º do art. 61 e o art. 2º da Constituição conduz a uma visão do senso comum que é empregada como justificação primeira para estancar, na origem, qualquer iniciativa parlamentar tendente a macular um dispositivo do § 1º do art. 61 da Constituição, ou seja, do rol que garante ao Presidente da República a iniciativa privativa na apresentação de projetos de lei sobre determinados temas.

Em análise sobre a especificidade da interpretação do texto constitucional, Inocêncio Mártires Coelho entendeu que nem todas as disposições constitucionais “exigiriam métodos e/ou critérios hermenêuticos distintos dos adotados para a interpretação das leis em geral” (2011, p. 35), mas apenas quando incidissem na parte dogmática da Constituição, principalmente se referentes aos direitos fundamentais. Num outro sentido, é possível argumentar que mesmo os dispositivos constantes do texto constitucional caracterizados como regras, para se concretizarem em normatividade, também precisariam ser interpretados com base em justificação motivada como condição de validade do procedimento de interpretação, no mínimo porque envolvem análise da linguagem. Por isso mesmo, a tentativa de diferenciar a forma de interpretar o texto constitucional numa comparação com o infraconstitucional parece ser duvidosa.

A interpretação constitucional, normalmente dita como função apenas do magistrado – que completaria a intenção do legislador – pertence a um universo de partícipes muito maior; ela cabe, certamente, ao conjunto de todos aqueles, operadores do direito ou não, que são levados a analisar o texto constitucional em busca da concretização de uma norma jurídica para sua aplicabilidade. No processo legislativo de confecção das leis, a interpretação constitucional está presente desde o primeiro momento, o da preparação da minuta de projeto de lei, seguindo valorizada até a aprovação da redação final da matéria, não sem antes ter passado pela discussão e instrução nas comissões de mérito, na Comissão de Constituição e Justiça, com aprovação dos pareceres ou dos próprios projetos de lei, quando terminativos nas comissões e, ainda, como mais comum, quando da discussão e votação em Plenário.

Em todo esse contexto, fruto da evolução econômica, social e política da sociedade, surgem novas leituras do texto constitucional, as chamadas mutações constitucionais, explicitadas por Inocêncio Mártires Coelho como “os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance de suas normas” (COELHO, 2011, p. 56). No processo de mutação constitucional, as normas que surjam como resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da Constituição devem ser taxadas como inconstitucionais (FERRAZ, 1986, p. 10).

Para o momento da análise, os batentes limitadores de uma atividade hermenêutica verdadeira seriam os já citados como retirados da obra de Inocêncio Mártires Coelho: o devido processo legal e a consciência jurídica geral (2011, 26). José Joaquim Gomes Canotilho trata da questão dos limites da interpretação constitucional tendo por princípio a existência de uma divisão na análise entre o programa da norma e o âmbito da norma:

Uma coisa é admitirem-se mutações constitucionais – que são válidas enquanto alterações do âmbito ou da esfera da norma que ainda podem ser abrangidas pelo programa normativo –, e outra, bem diversa, é legitimarem-se mudanças constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 1991, p. 1.102)

Nessa visão, o processo de concretização da norma não escapa do programa normativo, ou seja, não sofre influência do âmbito da norma composto pelo caso concreto que se analisa. Porém, numa outra visão, que será discutida mais à frente, é o âmbito da norma identificado como capaz de exercer preponderância na integração da norma, uma vez que ele interage com o programa da norma e influencia decisivamente a concretização da norma jurídica para a situação que se apresenta ao intérprete.

A primeira questão que surge no estudo da hermenêutica constitucional é que há uma miríade de meios e métodos para serem utilizados pelos operadores do direito para interpretar o texto constitucional, sendo que não há critérios jurídicos, políticos ou jurídico-políticos que sejam definidos como os mais capazes de dar a última palavra sobre o desafio da análise interpretativa. Tudo será função da argumentação que se fará para justificar a escolha de determinado método a ser

aplicado em determinada situação concreta. A título de breve recenseamento para este estudo, os métodos de interpretação constitucional explicitados por Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 140) são os seguintes: jurídico ou hermenêutico-clássico; tópico-problemático; hermenêutico-concretizador; científico-espiritual; e normativo-estruturante.

O método jurídico ou hermenêutico-clássico parte do princípio de que a Constituição é uma lei e, como tal, deve ser interpretada, ou seja, seguindo as regras da hermenêutica tradicional, que articula os elementos genético, filológico, lógico, histórico e teleológico para revelar o sentido do texto legal avaliado. Nesse método, “a tarefa do intérprete, enquanto aplicador do direito, resumir-se-ia em descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação” (COELHO, 2011, p. 141-142).

No método tópico-problemático, a Constituição é tratada como um sistema aberto de princípios e regras, o que implica dizer que ela aceita interpretações diferentes que, inclusive, podem passar por mudanças. Os defensores desse método, por terem em conta que as normas constitucionais possuem estrutura aberta, fragmentária e indeterminada, bem como que um problema, pelo menos, aparentemente, permite mais de uma resposta, entendem que a leitura do texto constitucional deve ser realizada por todos os operadores do direito num processo aberto de argumentação.

O método hermenêutico-concretizador tem como ponto de partida o fato de que a leitura de qualquer texto de lei, inclusive do texto constitucional, inicia com a pré-compreensão que o intérprete tem do cenário no qual o problema está posto. Para os que recomendam esse método, o intérprete irá concretizar a norma a partir de uma dada situação histórica, de modo que o problema seja solucionado “à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça” (COELHO, 2011, p. 144). Mesmo procurando fundamentar a interpretação no próprio texto constitucional e tomando este como limite da concretização, o intérprete nesse método não deve “perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal lhe esclarece o sentido” (COELHO, 2011, p. 145). A questão que se coloca como crítica, tanto para o método hermenêutico-concretizador, quanto para o método tópico-problemático, é a falta de critérios de verdade que avalizem suas interpretações, pois, o primeiro, ao

tomar como base a pré-compreensão que o intérprete faz do texto jurídico, carrega uma grande carga de irracionalidade e, o segundo, ao permitir várias respostas corretas, deixa o sistema tão aberto que tem como consequência a insegurança jurídica (COELHO, 2011, p. 146).

O método científico-espiritual, por seu turno, tem como pressuposto a ideia de Constituição como instrumento de integração, em sentido amplo, muito além do ponto de vista jurídico, como base e fundamento de validade do ordenamento, mas, principalmente, “em perspectiva política e sociológica, enquanto instrumento de regulação (= absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e preservação da unidade social” (COELHO, 2011, p. 146). Para os adeptos deste método, o direito, o Estado e a Constituição são encarados como fenômenos culturais ligados a valores, cuja concretização os três servem de instrumento de integração. Neste método, cresce de importância o peso específico que a Constituição, enquanto norma política, credita aos órgãos políticos do Estado dentro do processo global de integração, “e não segundo as funções burocráticas que eventualmente eles possam desempenhar, em determinado modelo de distribuição de competências” (COELHO, 2011, p. 148). A par de este método – por ter como base o direito, o Estado e a Constituição – necessitar de um controle especial para evitar os excessos de integração que não reafirmem a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, ele deve ser considerado como importante quando o tema, como no caso deste trabalho de pesquisa, é analisar a reserva de competência legislativa que retira do Parlamento a possibilidade de iniciar o processo legislativo de algumas matérias. Ora, se entre os valores culturais enaltecidos pelo método destaca-se a “integração como fim supremo” (COELHO, 2011, p. 149), é muito oportuno que a investigação deste trabalho procure também identificar se, por força dessa almejada integração, não se está descurando da peça mais importante dessa engrenagem: o ser humano.

O último método de interpretação constitucional destacado para estudo, o normativo-estruturante, merece, pela contemporaneidade e pela aplicação imediata ao tema desse trabalho, um desenvolvimento mais aprofundado. Ele tem como substrato a proposta de Hans-Georg Gadamer de que interpretar é, também, aplicar e de que o trabalho de interpretação consiste em concretizar a legislação em cada caso concreto, ou seja, na sua aplicação (GADAMER, 2003, p. 489). O método

normativo-estruturante tem como premissa a existência de uma implicação necessária entre o programa da norma e o âmbito da norma, ou seja, entre os preceitos jurídicos e a situação real que eles tencionam regular, numa “vinculação tão estreita que a própria normatividade, [...] tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus próprios normalizadores” (COELHO, 2011, p. 149-150).

Nesse ponto, é bom distinguir interpretação de concretização. Interpretar é responder à pergunta sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente, cuja resposta completa, diferencia e enriquece o próprio conteúdo; concretizar é preencher, de forma criativa, algo que simplesmente aponta para uma direção ou, ainda, dar forma a um princípio por meio de uma predeterminação conformadora que o torne uma norma aplicável (COELHO, 2011, p. 151). Considerando a estrutura aberta e indeterminada dos preceitos constitucionais, diz Inocêncio Mártires Coelho, a interpretação retrospectiva cedeu lugar à concretização prospectiva, uma vez que:

O aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu âmbito normativo, elementos que igualmente pertencem à norma, e com a mesma hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo “escolheu” ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. (COELHO, 2011, p. 151)

4.1.2 Teoria estruturante do direito

O método normativo-estruturante ganhou uma nova dimensão com a chegada ao prelo da teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller. Essa teoria, embora entenda que o direito é orientado pela justiça, não reconhece um fundamento confiável para este termo e, em função disso, vai buscar na prática cotidiana da atividade jurídica o substrato para sua consolidação como doutrina pós-positivista do direito. Friedrich Müller considera que o positivismo, que ponteia o mundo jurídico de importantes países desde meados do século XIX, “confunde a norma jurídica com o texto da norma no código legal” (MÜLLER, 2013, p. 10). Para ele, o positivismo fracassa em face de vários problemas individuais, em virtude de questões fundamentais que não encontram explicação factível nessa teoria, tais como as

separações doutrinárias entre realidade e direito, ser e dever ser, questões ligadas à teoria do significado e da referência, da produtividade da língua e do caráter processual da decisão jurídica dos conflitos (MÜLLER, 2013, p. 10).

A teoria estruturante do direito entende o trabalho jurídico como um processo que se realiza no tempo e os enunciados dos códigos legais apenas como textos de normas, “como expressões com ‘significância’, mas ainda não com ‘significado’, i. é, como pré-formas legislativas da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão” (MÜLLER, 2013, p. 11). Para ela, o texto da norma na lei é somente um dado de entrada do processo de trabalho do intérprete, processo esse denominado concretização. A norma jurídica criada é, segundo Friedrich Müller, um conceito composto, pois está estruturada segundo o programa da norma e o âmbito da norma (2013, p. 11). Esse é o cerne da teoria estruturante do direito, que não foi conformada por abstrações teóricas, mas pela pesquisa realizada por Friedrich Müller na análise da prática jurídica da jurisprudência constitucional retirada das decisões dos tribunais, principalmente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Ele argumenta que são aspectos característicos da teoria estruturante do direito: “o esforço sintetizador, o procedimento empírico-pragmático tanto na metodologia como na linguística, o engajamento não partidário mas político em prol do Estado Social de Direito e da Democracia efetiva” (MÜLLER, 2013, p. 12-13).

Como este trabalho trata, numa vertente da pesquisa, da forma como ocorre a concretização dos preceitos que regulam a reserva de iniciativa privativa do Presidente da República constantes da Constituição de 1988, é de todo importante repassar as conclusões do estudo da prática jurídica realizado por Friedrich Müller nos seus escritos sobre a atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

A jurisprudência constitucional demonstra que as normas que deve concretizar não satisfazem, muitas vezes nem remotamente, as exigências que a lógica formal tem de estabelecer como premissas maiores para poder trabalhar com elas por meio de conclusões silogísticas. As normas constitucionais não aparecem na prática como juízos hipotéticos logicificados, como ordens idênticas a seu teor literal, senão como regulações que, além dos recursos metodológicos tradicionais, necessitam de numerosos elementos interpretativos procedentes da realidade social normatizada, que não podem ser extraídos mediante as regras clássicas de interpretação nem do preceito e de seu gênese, nem do contexto sistemático do significado. (MÜLLER, 2013, p. 20)

Nesse estudo do processo de aplicação prática do direito, Friedrich Müller não constatou a existência de uma relação de caráter geral entre direito e realidade como entidades independentes entre si. Diz ele que “as relações de vida que a lei tem que regular, e que a jurisprudência converte repetidamente em elementos da interpretação, influem ao mesmo tempo, com os traços fundamentais de sua estrutura material, no conteúdo normativo do preceito” (MÜLLER, 2013, p. 26). Os elementos materiais, cujas raízes se encontram no real, formam parte do âmbito normativo quando são imprescindíveis para a concretização da normatividade. Esta, por sua vez, é entendida por Friedrich Müller como “a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada” (2013, p. 36). Com essa ideia, fica claro um dos erros fundamentais do positivismo, quando este trata a norma jurídica como algo apartado dos fatos, separando, na ciência jurídica, o direito da realidade.

A teoria estruturante do direito não defende um antipositivismo extremado, pois tem presente que a norma não é supérflua, mas “necessária como ideia-diretriz materialmente caracterizada, normativamente estabilizadora” (MÜLLER, 2013, p. 49). O teor material normativo deve estar presente de forma prioritária “como parte integrante da ‘interpretação’ e da ‘aplicação, isto é, em suma, como parte integrante da concretização de direito” (MÜLLER, 2013, p. 57). O que faz a teoria estruturante, ao início de sua fundamentação – que tem por tese defender a existência de uma relação interdependente entre norma e realidade –, é questionar o ponto basilar do positivismo kelseniano, quando este propugna uma pureza da ciência jurídica que, para Friedrich Müller, não encontra suporte na prática cotidiana do direito, pois a realidade circundante, o âmbito da norma, está presente na conformação da norma jurídica. Não obstante – e aqui está um ponto importante – a teoria estruturante do direito entende que a concretização da norma deve estar vinculada ao Estado Democrático de Direito e, portanto, “a conscientização mais adequada do problema seria uma tarefa do legislador democrático” (MÜLLER, 2013, p. 76), uma vez que, para o intérprete, o “texto da norma permanece sendo o ponto de orientação” (MÜLLER, 2013, p. 85-86) do trabalho de concretização racional da norma. Sobre esse ponto, Friedrich Müller explica que:

No Estado Democrático de Direito, o critério da racionalidade ‘máxima’ deve ser compreendido de tal modo que o resultado da concretização do direito não só fique claro quanto à direção da sua atuação prática, mas também quanto à dependência jurídica dos seus momentos, conforme os pressupostos constitucionais ‘estilísticos’, conforme os passos principais do processo real de concretização e dos seus critérios; também conforme as valorações, convicções ou ponderações não racionalizáveis, caso elas (co)fundamentem a sentença *in concreto*. (2013, p. 90)

Como o Estado de Direito impõe, para sua caracterização, a vinculação à norma, tal imposição implica ao intérprete expor, de forma racional e sem encobrir os limites adotados, os passos individuais da aplicação do direito, de modo que se possa assegurar “a discutibilidade da aplicação concretizadora da lei, juntamente com a sequência hierárquica dos aspectos em conformidade com o Estado de Direito” (MÜLLER, 2013, p. 93). Nesse processo da argumentação que justifica determinada concretização de uma norma, fica patente a inexistência da antes defendida separação entre o método, qualquer que seja ele, e o objeto. “O método e o objeto já são coconstituídos um pelo outro em cada processo de concretização” (MÜLLER, 2013, p. 91).

Nesse contexto, Friedrich Müller entende que a ideia de uma única solução correta para determinado caso jurídico é um fetiche da tradição positivista, não é outra coisa senão algo virtual (2011, p. 38). No mundo real, a solução é aquela que é defensável com argumentos, que é sustentável. O direito vigente “não é limitado *a priori*, embora seja limitável pelo trabalho jurídico no caso individual. O direito instaura uma arena para os combates semânticos. Nesse espaço de litígios, via de regra, várias soluções são juridicamente sustentáveis” (MÜLLER, 2013, p. 118). Essa análise mostra bem a força da argumentação realizada dentro do processo de concretização da norma jurídica para sua aplicação, aplicação esta que influi diretamente na sua conformação, num dado caso concreto.

Esse raciocínio é plenamente aplicável para o processo de instrução por que passam os projetos de lei nas Comissões de Mérito e de Constituição e Justiça das Casas Legislativas. A fundamentação dos pareceres dos relatores das matérias e, quando for o caso, dos votos em separado apresentados, são decisivos para o destino das proposições em exame. É interessante notar que o processo legislativo, ao trabalhar de forma prática na formulação dos preceitos que comporão a legislação positiva, deve interagir de maneira profunda – aos moldes do que propõe

a teoria estruturante das normas – com o âmbito da norma, com as situações reais que se visualizam possíveis face ao texto que se discute. As Casas Políticas de representação popular, mais que os tribunais do Judiciário, necessitam do suporte da realidade vivida pela sociedade no seu trabalho de elaboração da legislação que vigorará no Estado Democrático de Direito.

No trabalho de elaboração dos preceitos legais – a redação das leis –, que tem lugar nos parlamentos, cresce de importância a identificação do que propõe o “pensamento wittgensteiniano, segundo o qual o significado de uma palavra é quase sempre o seu uso na linguagem” (MÜLLER, 2013, p. 122). Só com esse dado, já se pode perceber que o trabalho parlamentar, no tocante à linguística jurídica, não deve enveredar pelo mito que supõe a existência de um texto claro que denote uma solução única e correta para a situação que a lei pretende regular.

E, mais que isso, a própria interpretação da legislação existente e necessária para conformar os dispositivos da lei que está sendo confeccionada deve visualizar, em linhas gerais, o âmbito da futura norma que será concretizada. O legislador deve ter presente que a norma jurídica não está contida na legislação que ele aprova. Esta apenas contém os textos das normas, suas formas preliminares. Esses textos “se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, que deve ser primeiramente produzida em cada processo individual de decisão jurídica, i. e., ‘trazida para fora’. Além disso, o âmbito da norma pertence constitutivamente a ela” (MÜLLER, 2013, p. 123).

O trabalho do legislador é complexo porque ele, reunido em colegiado, precisa projetar, mesmo que em linhas gerais, o programa da norma e visualizar seu âmbito de aplicação no mundo real para conformar o preceito jurídico que dará início à concretização de uma norma jurídica que funcionará como solução para determinado caso dentro de um quadro de democracia e de Estado de Direito. A concretização do texto constitucional, base do trabalho do legislador, deve respeitar, então, a influência direta das prescrições democráticas e as do Estado de Direito, “que são relevantes com vistas ao método, tais como deveres decisórios, deveres de fundamentação, vinculação à lei, imperativos da clareza de métodos e completude do direito vigente a ser consultado” (MÜLLER, 2013, p. 129).

O legislador, ao interpretar os preceitos da legislação vigente, que lhe dará suporte formal para a consecução de uma nova lei, não pode descurar do enfoque dado por Ludwig Wittgenstein, não no *Tractatus*, mas nas *Investigações Filosóficas*, de que um enunciado tem diversas funções e a tarefa do intérprete consiste em compreender o que ele realiza, a função que tem, que expectativa produz, o que, na situação criada, ele executa (WITTGENSTEIN, 2005, p. 176-177). No tocante à reserva de iniciativa legislativa explicitada pela Constituição de 1988 ao Poder Executivo, que é justificada pelo emprego do princípio da independência e harmonia dos poderes, é importante ter presente o alerta feito por Friedrich Müller no sentido de o intérprete não cair na armadilha da “separação de poderes pela separação de textos” (2013, p. 199). A teoria estruturante das normas aponta para a necessidade de pavimentação de um novo caminho, que forme o conhecimento do direito pela via da argumentação, vinculando “as soluções normativas à *práxis* e à realidade” (MÜLLER, 2013, p. 201). Sobre o ponto, que toca diretamente nesse trabalho, Friedrich Müller arremata:

A ligação elíptica e racional de âmbito normativo e programa normativo pode, com a visão da transparência relativamente maior do que a que é possível na interpretação linguística, contribuir para o esclarecimento e para o desenvolvimento da pré-compreensão da teoria constitucional e da teoria do Estado que deve ser pressuposta de um modo geral, bem como que deve passar por um processo de reflexão. (2011, p. 257)

É certo que a teoria estruturante do direito, autoproclamada pós-positivista, como já dito, tem como cerne de seu desenvolvimento a constatação, retirada de pesquisas realizadas na prática cotidiana dos tribunais, de que a norma jurídica não está contida nos códigos. “O que se pode ler nos códigos (e nas constituições), são somente os textos da norma – dito de outro modo – textos que ainda devem, pela concretização [*Rechtarbeit*], ser transformados em norma jurídica” (MÜLLER, 2013, p. 235). Para Friedrich Müller, o direito normativo está “nos julgamentos e não naquilo que produz o poder legislativo” (2013, p. 235). Os preceitos de lei são apenas os pontos de partida do trabalho jurídico de concretização.

Porém, não vale tudo! O intérprete traz da realidade, na qual está envolto o caso concreto em questão – o âmbito da norma –, os dados que irão intercambiar com o programa da norma para a formação da norma jurídica aplicável ao caso. Mas, ele, por ter que respeitar os fundamentos do Estado de Direito, não pode

realizar uma integração que se afaste por demais dos textos das normas constantes das leis. Esses textos, “por terem sido criados por um poder democrático, [são] também um limite para o ato de concretização legal e legítimo” (MÜLLER, 2013, p. 235). A concretização, que por influência do mundo real, muito se aparta do preceito da lei, torna-se difícil de ser aceita pela consciência jurídica geral, mesmo que construída dentro dos limites do devido processo legal. Sob essa visão, o positivismo, mesmo desconstruído em muitos de seus dogmas pela teoria estruturante do direito, permanece vivo e dando respostas condizentes à consecução dos fundamentos que conformam o Estado de Direito.

No que concerne ao trabalho do Parlamento, quando a teoria estruturante do direito assevera que o direito normativo não está no que produz as Casas Legislativas, mas nos julgados do Poder Judiciário, ela, sob determinado enfoque, deixa a entender que o trabalho do legislador, que é um importante intérprete do direito, somente se desenvolve utilizando dados do programa da norma, descurando-se da realidade que envolve o âmbito da norma. Como esse ponto de vista não se verifica na prática, pois o legislador, mais do que ninguém, age e tem que agir em função do que ocorre na realidade – ele deve ser o representante dos anseios de tudo que ocorre na sociedade –, é possível pensar que a concretização da norma jurídica não ocorre somente nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário.

A concretização tem lugar a cada decisão tomada por um intérprete encarregado de escolher um caminho jurídico a tomar em face de uma determinada questão. Como exemplos, além do juiz, no dispositivo da sentença; o promotor, quando oferece ou não a denúncia; o advogado, quando opta por determinada linha de defesa; o administrador público, quando defere ou não um requerimento; o empregador, quando aceita ou não uma justificativa de falta do empregado; e o legislador, quando apresenta um parecer ou vota determinada matéria legislativa; todos estão a concretizar determinada norma jurídica ao realizarem suas escolhas. Esse desenvolvimento faz lembrar a proposta de Peter Häberle (1997, p. 12), aqui expandida como uma sociedade aberta dos intérpretes da legislação, na qual todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos estão potencialmente em condições de interpretar o texto da legislação para a tomada de uma decisão.

Por tudo, a proposta de Friedrich Müller, consubstanciada na teoria estruturante do direito, parece ser o método que, no momento, melhor se aplica para propiciar a concepção de integração de funções políticas proposta por Karl Loewenstein. No que tange à reserva de iniciativa legislativa concedida pela Constituição de 1988 ao Poder Executivo, o emprego da teoria estruturante das normas – que propõe o equilíbrio e a interdependência entre o programa da norma e realidade que cerca cada situação real em análise – possibilita uma melhor cooperação entre o Governo e o Parlamento, ao permitir que o Legislativo possa influenciar mais decisivamente na consecução de políticas públicas, o que facilitará o planejamento de políticas voltadas para as necessidades maiores dos diversos segmentos da população.

Feito esse curto esboço doutrinário, o trabalho passa a discorrer sobre a pesquisa realizada nas decisões do STF sobre o tema. A busca aos julgamentos disponibilizados, por meio da Internet, no sítio eletrônico do STF, empregou três distintos argumentos de pesquisa: o primeiro deles foi “processo legislativo”, que apresentou 443 acórdãos sobre o tema; o segundo, “iniciativa reservada”, revelou 70 decisões; e o terceiro, “artigo 61, § 1º”, apresentou como resultado 56 acórdãos. Desse somatório, a compilação dos resultados, agora apresentada, dá atenção especial a 177 decisões do Supremo que tratam diretamente da hipótese desta pesquisa.

Com o objetivo de revelar a evolução do pensamento do STF sobre o tema no período definido, as ideias defendidas pelos ministros nos seus votos são discutidas observando, sempre que possível, a sequência cronológica das datas dos julgamentos. Neste capítulo, os votos que consolidam a jurisprudência posta, bem como os que possuem ideias a ela discordantes são analisados com maior profundidade, dentro de quatro blocos de limitações impostas à iniciativa parlamentar pelo texto constitucional de 1988. Antes, porém, é feita uma curta explanação sobre os julgados que tratam da aplicação do princípio da harmonia e independência de poderes e do princípio da simetria, pois eles dão suporte, como pano de fundo, a toda a análise que o STF faz sobre o tema.

O primeiro bloco de apresentação discorre sobre as limitações à iniciativa parlamentar relativas à criação de cargos, funções ou empregos públicos,

consideradas em função do previsto no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal (CF) ; o segundo, sobre as limitações que versam sobre servidores públicos (art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da CF); o terceiro, sobre a criação de órgãos públicos (art. 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, da CF); e o quarto, sobre a apresentação de emendas parlamentares (art. 63, inciso I, da CF). Para não desviar o foco do trabalho, deixaram de ser apresentadas outras limitações impostas à iniciativa parlamentar, tais como as reservas de iniciativa dos tribunais (art. 96, inciso II, da CF), do Ministério Público (art. 127, § 2º, da CF) e dos Tribunais de Contas (art. 73 da CF), por exemplo.

4.2 Princípio da independência dos poderes e princípio da simetria

4.2.1 Princípio da independência dos poderes

O Supremo Tribunal Federal consolidou, ao longo desses 24 anos, a jurisprudência no sentido de que a cláusula de reserva de iniciativa legislativa, concedida ao Chefe do Poder Executivo, mantida pelo constituinte originário de 1988 no § 1º do art. 61, é corolário do princípio da harmonia e independência dos poderes de que fala o art. 2º da Constituição Federal. Tal entendimento vale também para a reserva de iniciativa legislativa franqueada aos tribunais do Poder Judiciário (arts. 93 e 96, inciso II, da CF), ao Ministério Público (art. 127, § 2º, da CF) e aos tribunais de contas (art. 73 da CF)¹⁰².

Essa interpretação foi discutida em 1992, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 152/MG, em acórdão relatado pelo Ministro (Min.) Ilmar Galvão, cuja medida cautelar (MC) já tinha sido deferida em 2/5/1990 sob relatório do Min. Sydney Sanches. O dispositivo atacado foi o art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, que considerava como de professor, para diversos fins e vantagens, o tempo de serviço de ocupante de cargo ou função do quadro do magistério ou de regente de ensino. Na assentada, o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade formal, “por afronta ao princípio da independência dos Poderes do Estado, a que estava adstrito o Constituinte Estadual, por força do

¹⁰² ADI 2329/AL – Rel: Min. Cármen Lúcia – Julgamento (J): 14/4/2010 – Unânime. Publicação (Pub): Diário da Justiça (DJ) de 24/6/2010, p. 154.

disposto no art. 25 da CF/88 e no art. 11 do ADCT/88, posto que se trata de matéria de iniciativa privativa do Governador do Estado”¹⁰³.

Em 7/5/1992, o STF indeferiu a medida liminar na ADI n. 724/RS, requerida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul em face da Assembleia Legislativa, para impugnar a Lei n. 9.535/1992, originária de projeto de iniciativa parlamentar, alegando que o diploma legal, aumentando o universo dos destinatários de benefícios fiscais para microempresas e microprodutores rurais, afetava a previsão de arrecadação tributária constante do orçamento daquele ano de 1992. O acórdão, redigido pelo Min. Celso de Mello, trouxe um entendimento que é crucial para a compreensão das nuances que circundam a reserva de iniciativa legislativa, pois esta constitui matéria de direito estrito, não passível de ser presumida ou de comportar interpretação ampliativa, “na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca”¹⁰⁴. Em função disso, apesar de conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, a iniciativa de legislar sobre direito tributário não se equipara ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado¹⁰⁵.

No acórdão do Supremo que indeferiu a medida liminar na ADI n. 724/RS, há outro ponto fulcral. Trata-se do entendimento que justifica a exclusividade de o Chefe do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das leis orçamentárias – plano plurianual (PPA), diretrizes orçamentárias (LDO) e orçamento anual (LOA) –, previstas no art. 165 da Constituição da República, pois tal medida imprime, de fato, “unidade e coerência à formulação das políticas no campo do planejamento financeiro e da programação orçamentária, sem prejuízo de ulterior deliberação parlamentar.”² Na fundamentação de seu voto que justifica a centralização de determinadas iniciativas legislativas na mão do Presidente da República, o relator da ADI n. 724/RS, Min. Celso de Mello, apoiou-se em análise de Ives Gandra Martins, pois este afirmou que o Chefe do Poder Executivo “conhece a realidade sobre a qual

¹⁰³ ADI 152/MG – Rel: Min. Ilmar Galvão – J: 18/3/1992 – Declarada a inconstitucionalidade por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 24/4/1992, p. 375.

¹⁰⁴ ADI 724 MC/RS – Rel: Min. Celso de Mello – J:7/5/1992 – Medida liminar indeferida por maioria, vencidos os Min. Marco Aurélio, Paulo Brossard e Néri da Silveira. Pub: DJ de 27/4/2001, p. 56.

¹⁰⁵ O julgamento, unânime na 2ª Turma, dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário (RE) n. 590.697 ED/MG, relatados pelo Min. Ricardo Lewandowski em 23/8/2011 e publicado no Diário da Justiça (DJ) de 6/9/2011, reforça a ideia da interpretação restritiva na análise da reserva de iniciativa no processo legislativo.

atua, com o que oferta elementos de melhor julgamento para que o legislador aprove ou não a peça orçamentária, impedindo, por outro lado, que projetos de ocasião, populares ou demagógicos, sejam aprovados” (MARTINS, 1991, p. 778).

Essa argumentação do Supremo reforça a ideia de um num novo e possível caminho a ser adotado *interna corporis* pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados para valorizar a experiência política da representação parlamentar e o conhecimento técnico das assessorias especializadas de ambas as Casas em matérias relativas à implementação de políticas públicas. Ela abre a possibilidade, como disse no capítulo anterior, de que os projetos de iniciativa parlamentar, fulminados pelo vício formal de inconstitucionalidade, por ferirem a reserva de iniciativa, mas que são aprovados pelas Comissões de Mérito, possam ser encaminhados para análise da Comissão Mista de Planos, Orçamentos e Obras Públicas do Congresso Nacional (CMO). Lá, se aprovados, poderiam ser assimilados como emendas à discussão das propostas de lei orçamentárias (LOA, LDO ou PPA, conforme o caso), o que lhes deixaria a salvo das peias impostas pelos arts. 61, § 1º, e 63, inciso I, da Constituição Federal.

Em 18/12/1997, o Supremo deferiu o pedido de medida cautelar na ADI n. 1.746/SP, relatada pelo Min. Maurício Corrêa, na qual o Governador de São Paulo requeria a impugnação do parágrafo único do art. 293 da Constituição do Estado, que concedia prazo de até 25 anos aos municípios para efetuarem a indenização pela encampação dos serviços de saneamento por parte da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). Nessa decisão, o STF clarificou o princípio da simetria, que será discutido mais à frente, na linha de que o constituinte derivado decorrente precisava, na sua obra, respeitar os princípios emanados pelo constituinte originário. O acórdão disse, ainda, que “a norma impugnada fere o princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), a que está submetido o constituinte estadual (CF, art. 25), restando excluída a participação do Poder Executivo no processo legislativo”¹⁰⁶.

Em 2008, o STF tomou uma decisão, na mesma linha de sua jurisprudência relativa ao princípio da independência de poderes, que merece ser comentada.

¹⁰⁶ ADI 1746 MC/SP – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 18/12/1997 – Unânime. Pub: DJ de 19/9/2003, p. 14.

Trata-se do julgamento da ADI n. 3.450/GO, relatada pelo Min. Eros Grau em 21/2/2008, na qual foi atacada a Lei n. 15.010/2004, do Estado de Goiás, que definia, por iniciativa legislativa do Governador do Estado, o Tesouro Estadual como administrador da conta única de depósitos judiciais. O acórdão asseverou que cabe ao Poder Judiciário a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais e que “atribuir ao Poder Executivo essas funções viola o disposto no art. 2º da Constituição do Brasil, que afirma a interdependência – independência e harmonia – entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹⁰⁷.

4.2.2 *Princípio da simetria*

Nas decisões do Supremo sobre a reserva de iniciativa na propositura de leis, o princípio da simetria é invocado em todas as questões que envolvem a separação de poderes no âmbito interno dos Estados-Membros, para demonstrar a necessidade de concordância entre o processo legislativo estadual e o processo legislativo federal previsto na Constituição da República. Tal interpretação é retirada da norma que se extrai da leitura conjunta do art. 25, *caput*, com o art. 2º do texto constitucional. O que hoje é uma jurisprudência consolidada no STF sofreu uma evolução ao longo do tempo.

Em maio de 1990, o STF não tinha posição fechada quanto à obrigatoriedade de os Estados-Membros seguirem os ditames da Constituição Federal (CF) relativos ao processo legislativo. Isso fica evidente com a análise da medida cautelar requerida na ADI n. 216/PB, julgada em 23/5/1990, cujo relator para o acórdão foi o Min. Celso de Mello¹⁰⁸. Os dispositivos impugnados da Constituição do Estado da Paraíba neste processo foram o inciso XVIII do art. 33, que fixava valor dos quinquênios do adicional de tempo de serviço dos servidores públicos do Estado de modo diferente do prescrito na CF, e o § 2º do art. 34, que, da mesma forma, divergia do texto da Constituição da República para computar, integralmente, para todos os efeitos, em favor do servidor público, todo o tempo de serviço comprovado por pagamento de contribuições previdenciárias.

¹⁰⁷ ADI 3458/GO – Rel: Min. Eros Grau – J: 21/2/2008 – Unanimidade. Pub: DJ de 16/5/2008, p. 350.

¹⁰⁸ ADI 216 MC/PB – Rel: Min. Celio Borja – Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello – J: 23/5/1990 – Por maioria, o tribunal deferiu a liminar, vencidos o relator, Min. Celio Borja, e o Min. Sepúlveda Pertence. Pub: DJ de 7/5/1993, p. 8.325.

No seu voto vencido na medida cautelar requerida na ADI n. 216/PB, o relator, Min. Célio Borja, apontou que a Constituição Federal de 1988 não reproduziu o dispositivo da Carta anterior – princípio constitucional estabelecido, constante do inciso III, do art. 13, CF/1969 –, que tornava obrigatório para os Estados-Membros a observância do processo legislativo concernente à União. Verificou, ainda, o Min. Célio Borja, que mesmo retirado do elenco de princípios constitucionais de obrigatória observância pelos Estados, “o processo legislativo não foi ignorado pela Constituição vigente que, nomeadamente, o contempla e lhe dá destacada disciplina, na seção VIII, do título IV – Da organização dos Poderes”¹⁰⁹. Em função disso, concluiu o relator do vencido que não encontrou plausibilidade no fundamento jurídico do pedido. Na oportunidade, acompanhou esse entendimento o Min. Sepúlveda Pertence.

O voto-vista que conduziu o relatório para o acórdão, da lavra do Min. Celso de Mello, demonstrou a existência, naquele momento, de uma série de dúvidas, pois se, de um lado, a Constituição de 1988 reduziu o elenco dos princípios constitucionais sensíveis – com isso ampliando os poderes jurídicos dos Estados-Membros – por outro, “o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações”⁷ dos Estados-Membros e dos Municípios. Assim, na dúvida, o Supremo, por maioria, decidiu deferir o provimento cautelar.

Em fevereiro de 1993, no julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 822/RS, o Min. Sepúlveda Pertence, ao apresentar seu relatório, indicou o aparecimento de “uma tendência da jurisprudência do STF no sentido de observância compulsória pelos Estados-Membros das linhas básicas do modelo federal do processo legislativo, em particular, as que dizem com as hipóteses de iniciativa reservada e com os limites do poder de emenda parlamentar”¹¹⁰.

¹⁰⁹ ADI 216 MC/PB – Rel: Min. Celio Borja – Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello – J: 23/5/1990 – Por maioria, o tribunal deferiu a liminar, vencidos o relator, Min. Celio Borja, e o Min. Sepúlveda Pertence. Pub: DJ de 7/5/1993, p. 8.325.

¹¹⁰ ADI 822 MC/RS – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 5/2/1993 – Unânime. Pub: DJ de 12/3/1993, p. 3.557.

No julgamento da cautelar requerida na ADI n. 872/RS, ocorrido quatro meses depois, o Min. Sepúlveda Pertence relatou que – a despeito da inexistência de regra explícita na Constituição de 1988 – consolidara-se no STF a jurisprudência no sentido de que “impõe-se a observância do processo legislativo dos Estados-Membros as linhas básicas do correspondente modelo federal, particularmente as de reserva de iniciativa, na medida em que configuram elas prisma relevante do perfil do regime positivo de separação e independência dos poderes”¹¹¹.

A análise da simetria entre os princípios adotados pela Constituição da República e a legislação dos Estados-Membros sofreu grande influência da forma centrípeta com que o Federalismo foi implantado no Brasil (MOTTA, 2012, p. 185). Com isso, a iniciativa legislativa dos parlamentares estaduais fica tolhida para realizar evoluções contemporâneas que surgiriam das necessidades regionais de um país tão grande e com tamanha diversidade cultural.

4.3 Limitações referentes à criação de cargos públicos

Este tópico apresenta a evolução e a jurisprudência dominante que vigora no Supremo Tribunal Federal acerca da reserva concedida ao chefe do Poder Executivo para iniciar, de forma exclusiva, o processo legislativo de leis que versem sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração ou aumento de sua remuneração, previsto no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição da República.

Em 8/6/1994, no julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 1.064/MS¹¹², cujo relator foi o Min. Ilmar Galvão, o STF, de forma unânime, suspendeu a eficácia da Emenda Constitucional (EC) n. 1, do Estado de Mato Grosso do Sul. A liminar fora ajuizada, em 16/12/1993, em face das regras que se referem à iniciativa reservada do Poder Executivo para matérias que tratam da remuneração dos servidores públicos. A Emenda assegurava a servidores públicos estaduais, enquadrados na categoria de engenheiros, químicos, arquitetos, agrônomos e médicos-veterinários um salário mínimo profissional fixado em cinco vezes o maior salário mínimo vigente no país.

¹¹¹ ADI 872 MC/RS – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 3/6/1993 – Unânime. Pub: DJ de 20/9/2002, p. 87.

¹¹² ADI 1064 MC/MS – Rel: Min. Ilmar Galvão – J: 8/6/1994 – Unânime. Pub: DJ de 9/9/1994, p. 252.

No julgamento da medida cautelar examinada na ADI n. 1.060/RS¹¹³, que discutia aumento de remuneração de servidores públicos proveniente de redução de carga horária de trabalho para os servidores que possuíam filho portador de deficiência congênita, o relator, Min. Carlos Velloso, retratou e acolheu a argumentação do Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Em suas ponderações, o Governador mostrou que é o Poder Executivo que, por “gerir a máquina pública e responder pela sanidade das finanças públicas”¹¹, reúne as condições para avaliar o momento adequado para iniciar qualquer processo que diga respeito ao aumento de remuneração dos servidores públicos¹¹⁴.

Na apreciação da Ação Originária (AO) n. 280/SC¹¹⁵, ocorrida em 20/9/1995, o STF travou uma discussão de interesse para o tema deste trabalho. Na oportunidade, ficou vencido o relator, Min. Marco Aurélio, que rejeitava a declaração incidental de inconstitucionalidade e julgava procedente a ação, tendo sido nomeado relator para o acórdão o Min. Maurício Corrêa. A questão, que envolvia reajuste dos vencimentos dos servidores públicos, chegou ao Supremo com base no art. 102, inciso I, alínea “n”, da Constituição Federal, pois mais da metade dos membros do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina estavam impedidos, por serem interessados.

O ministro Marco Aurélio, no seu voto vencido, com base no mérito que justificava a redação dos dispositivos atacados¹¹⁶, não considerou o silogismo proposto pelo autor da ação para caracterizar o vício de forma. O ministro constatou que a norma retirada dos textos questionados encerrava, “em última análise, equilíbrio entre o que arrecadado pelo Estado a título de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços – ICMS – e a implementação de reajustes de vencimentos”¹³, além do que submeter os reajustes ao limite indicado pelo índice de preços ao consumidor – IPC. Assim, disse o Min. Marco Aurélio, “as

¹¹³ ADI 1060 MC/RS – Rel: Carlos Velloso – J: 1/8/1994 – Unânime. Pub: DJ de 23/9/1994, p. 313.

¹¹⁴ No mesmo sentido: ADI 1124 MC/RN – Rel: Min. Francisco Rezek – J: 21/09/1994 – Unânime, ausente o Min. Sepúlveda Pertence. Pub: DJ de 8/4/2005, p. 7.

¹¹⁵ AO 280/SC – Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa – J: 20/9/1995 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 24/11/1995, p. 40.375.

¹¹⁶ Art. 2º da Lei n. 7.588, de 1989 e art. 10 da Lei n. 7.802, de 1989, ambas do Estado de Santa Catarina.

regras introduzidas com as duas leis atacadas mostraram-se favoráveis ao próprio Estado”¹¹⁷.

O relator para o acórdão, Min. Maurício Corrêa, por seu turno – utilizando anterior argumentação do Min. Moreira Alves, no RE n. 145.018/RJ¹¹⁸, no sentido de que a vinculação automática da remuneração dos servidores públicos à variação do IPC é inconstitucional – viu, no reajuste automático discutido na AO n. 280/SC, que foi instituído pelo Poder Legislativo Estadual, um desrespeito ao disposto no art. 2º e no art. 61, § 1º, inciso II, “a”, da Constituição da República. Apesar de na AO n. 280/SC, a tese da iniciativa exclusiva do Governador para iniciar o processo legislativo de lei, que concede incremento de vencimentos ou aumenta a despesa, ter se consolidado, a possibilidade de a questão de fundo – o mérito – poder influenciar nessa discussão é digna de nota.

Um estudo elucidativo sobre a forma de abordar o problema da limitação imposta pela reserva de iniciativa na apresentação de leis é a análise do Mandado de Segurança (MS) n. 22.468/DF¹¹⁹, relatado pelo Min. Maurício Corrêa e julgado em 13/6/1996. Este *mandamus*, impetrado por associações de servidores públicos – Associação Nacional dos Servidores da Previdência Social (ANASPS), Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias (ANFIP) e Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social (ANDPREV) – em face do Presidente da República, objetivava obrigar o chefe do Poder Executivo a enviar ao Congresso Nacional projeto de lei que reajustasse os vencimentos do funcionalismo em valores que compensassem as comprovadas perdas salariais do período imediatamente precedente, vale dizer, em 10,83% (dez vírgula oitenta e três por cento).

A argumentação das impetrantes baseava-se no art. 1º da Lei n. 7.706, de 1988, que prescrevia o mês de janeiro como data-base das revisões dos vencimentos do funcionalismo público. Como os recursos para o reajuste já estavam incluídos na previsão orçamentária para o ano de 1996, dentro da rubrica específica de pessoal e encargos sociais, e havia comprovada situação de desequilíbrio entre

¹¹⁷ AO 280/SC – Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa – J: 20/9/1995 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 24/11/1995, p. 40.375.

¹¹⁸ RE n. 145.018/RJ. Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ) n. 149, p. 928.

¹¹⁹ MS 22468/DF – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 13/6/1996 – Acórdão por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 20/9/1996, p. 34.539.

preços e salários ao longo dos 17 meses em que não houve reajuste¹²⁰, era necessário que o Judiciário obrigasse o Chefe do Poder Executivo a sair da inércia e a enviar o projeto de lei que cumprisse os ditames da Lei n. 7.706/1988.

Em seu voto, o relator, Min. Maurício Corrêa, reconheceu as consequências da inflação para os salários, apontou que o chefe do Poder Executivo, ao longo dos anos, vinha compensando as perdas salariais do funcionalismo com a edição de leis que objetivavam o cumprimento do reclamado pela Lei n. 7.706/1988, mas assevera que não existe, no texto constitucional, preceito que “determine que a data-base se transforme em instrumento de autoaplicabilidade, obrigando o Executivo a fazer o reajuste nos moldes previsto na lei”¹²¹. Como se trata de uma prerrogativa presidencial, disposta no art. 61, § 1º, inciso II, “a”, da Constituição Federal, “é de seu livre arbítrio e conveniência encaminhar matéria propondo a revisão salarial reclamada”¹²².

O Min. Marco Aurélio, vencido nessa discussão, ao conceder a segurança, priorizou a análise do mérito, sustentando que “a Carta de 1988 deu uma ênfase maior ao poder aquisitivo dos vencimentos”¹²³. Ele procurou revelar que o “preceito do inciso X do art. 37 da Constituição de 1988, ao dispor sobre o direito ao reajuste, inconfundível com o aumento, é autoaplicável, e que, portanto, conhecida a inflação do período, não há, sequer, necessidade do encaminhamento de um projeto ao Congresso Nacional”¹²⁴. Disse o Min. Marco Aurélio ser essa “a melhor solução no campo da interpretação, da hermenêutica, objetivando, até mesmo, evitar o impasse que temos nos dias de hoje”¹²⁵.

No entendimento do Supremo, lei ordinária não é norma autoaplicável para obrigar o chefe do Poder Executivo a expedir proposta legislativa, caso o texto constitucional lhe reserve esta iniciativa. O Presidente da República somente ficaria obrigado se a norma fosse retirada da própria Constituição Federal. A separação de

¹²⁰ Conforme dados constantes da petição inicial, para o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), esse desequilíbrio era da ordem de 46,19% (quarenta e seis vírgula dezenove por cento); para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), era de 21,98% (vinte e um vírgula noventa e oito por cento).

¹²¹ MS 22468/DF – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 13/6/1996 – Acórdão por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 20/9/1996, p. 34.539.

¹²² Ibid., p. 34.539.

¹²³ Ibid., p. 34.540.

¹²⁴ Ibid., p. 34.540.

¹²⁵ Ibid., p. 34.541.

poderes é função precípua da Carta Política¹²⁶. Não obstante, essa discussão travada nos autos do MS n. 22.468/DF reforça a possibilidade de se analisar com mais parcimônia determinados preceitos constitucionais, como o caso da reserva de iniciativa, não em função de conteúdo da legislação ordinária, mas de normas retiradas de outros dispositivos constitucionais, que melhor se adequem à questão de fundo, seja esta social ou econômica.

O julgamento da ADI n. 227/RJ, ocorrido em 19/11/1997, discutiu a constitucionalidade do inciso XVII, do art. 77, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que concedia ao servidor público a faculdade de transformar em pecúnia indenizatória a licença especial e as férias não gozadas. Em votação unânime, o relatório do Min. Maurício Corrêa foi aprovado, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta aos arts. 61, § 1º, inciso II, “a”, e 169 da Constituição Federal. Conforme assentou o Min. Maurício Corrêa, “o princípio da iniciativa reservada implica limitação ao poder do Estado-Membro de criar como ao de revisar sua Constituição”¹²⁷.

Outro processo que merece estudo atencioso é o julgamento do RE n. 197.692/SC, datado de 16/12/1997 e relatado na Segunda Turma pelo Min. Marco Aurélio¹²⁸, pois nele, o relator justificou a hipótese de não-aplicação do princípio da reserva de iniciativa em respeito ao princípio da isonomia e ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos dos servidores públicos. A questão envolvia a análise da constitucionalidade do inciso VII, do art. 27, da Constituição do Estado de Santa Catarina por transgressão ao art. 2º da Constituição da República. O dispositivo da Constituição Estadual estabelecia data-limite para pagamento de vencimentos e proventos, bem como atualização do valor devido em caso de inobservância de tal prazo.

O Min. Marco Aurélio entendeu e mostrou em seu relatório que as normas atacadas “não importavam na criação de cargos, funções ou empregos públicos nem em aumento de remuneração”¹²⁹. Ele não viu qualquer dispositivo constitucional que

¹²⁶ Acórdãos no mesmo sentido: MS 22.439; MS 22.451; MS 22.464; e MS 22.563.

¹²⁷ ADI 227/RJ – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 19/11/1997 – Unânime. Pub: DJ de 18/5/2001, p. 429.

¹²⁸ RE 197692/SC – Rel: Min. Marco Aurélio – J: 16/12/1997 – Unânime na 2ª Turma. Pub: DJ de 20/3/1998, p. 17.

¹²⁹ RE 197692/SC – Rel: Min. Marco Aurélio – J: 16/12/1997 – Unânime na 2ª Turma. Pub: DJ de 20/3/1998, p. 17.

claramente impedisse o legislador constituinte estadual de dispor sobre a data-limite para a satisfação da remuneração dos servidores. Diz ele que “servidores e aposentados têm as respectivas contas a saldar, quase sempre com vencimento ao término do mês e por isso mesmo o preceito exsurge pleno de razoabilidade”¹³⁰.

A Primeira Turma do STF consagrou, do mesmo modo, o entendimento de que o princípio da reserva de iniciativa pode ter sua eficácia temperada ao ser sopesado com outros princípios constitucionais, como se pode depreender da análise do RE n. 223.576/SC¹³¹, relatado pelo Min. Moreira Alves em 19/10/1999. Ao discutir a alegação de inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que previa a incidência de juros e correção monetária quando os proventos do funcionalismo fossem pagos em atraso, o relator citou a visão dada pelo acórdão da apelação cível que tratou do tema no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na qual o Desembargador Francisco Oliveira Filho, relator da matéria, afirmou que os “vencimentos e vantagens funcionais têm caráter alimentar e visam garantir a subsistência do servidor público. *Ipsa facto*, constituem dívida de valor, acarretando a aplicação da atualização monetária, independentemente do princípio da reserva legal”¹³². Com esses dados, o Min. Moreira Alves entendeu que o art. 27, inciso VIII, da Constituição Estadual não violava o princípio da independência e harmonia dos poderes do Estado, uma vez que o dispositivo atacado tinha por função fazer cumprir e preservar o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Em 15/10/1998, o Supremo julgou a ADI n. 840/AM, cujo acórdão, da lavra do Min. Maurício Corrêa, por unanimidade, considerou inconstitucional a Lei n. 37, de 1992, do Estado do Amazonas, por infringência ao art. 61, § 1º, inciso II, “a”, da Constituição Federal. A citada lei, de iniciativa parlamentar, dispunha sobre o salário mínimo profissional de servidor do Estado diplomado em Engenharia, Arquitetura ou Agronomia, bem como criava gratificações para tais funcionários.

A medida cautelar requerida na ADI n. 2050/RO, julgada em 2/9/1999, sob relatoria do Min. Maurício Corrêa, teve como requerente o Governador do Estado de

¹³⁰ Ibid., p. 18.

¹³¹ RE 223576/SC – Rel: Min. Moreira Alves – J: 19/10/1999 – Unânime na 1ª Turma. Pub: DJ de 12/11/1999, p. 903.

¹³² Apelação Cível n. 36.106, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJE de 27/9/1991, p. 57.

Rondônia, que a ajuizou em face da Assembleia Legislativa Estadual. A discussão girava em torno da Emenda n. 11, de 1999, que incluía dois parágrafos ao texto do art. 137 da Constituição Estadual, impondo a aplicação de multa ao Estado sempre que este atrasasse o pagamento da remuneração dos servidores públicos. No acórdão ficou assentado que são inconstitucionais os dispositivos das constituições estaduais, inclusive as emendas, que “concedam aumento de remuneração a servidores públicos ou que, de qualquer modo, acarretem majoração da despesa pública, por ser competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei sobre a matéria”¹³³.

Na linha da jurisprudência pacificada do STF, foi deferida a medida cautelar para suspender, até o julgamento definitivo da ADI n. 2115/RS¹³⁴, a eficácia da Lei n. 11.638, de 31/8/1999, do Estado do Rio Grande do Sul, que – tendo sido proposta por membro da Assembleia Legislativa – tratava do regime de trabalho e de aposentadoria dos professores estaduais, o que violava o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”, da Constituição da República¹³⁵.

O estudo do voto do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 2.434/AP, de 16/5/2001, traz ensinamentos importantes sobre a evolução do entendimento acerca da reserva de iniciativa legislativa concedida ao Poder Executivo¹³⁶. Inicialmente, ele narrou o caminho percorrido pela jurisprudência, após 1988, para se chegar à imitação compulsória pelos Estados-Membros das regras da reserva de iniciativa vigentes para a União.

Relembrou o relator, Min. Sepúlveda Pertence, que inexistindo na Constituição de 1988 qualquer norma que incluísse o processo legislativo federal entre os princípios constitucionais impostos aos Estados-Membros, como a inscrita no art. 13, III, da Carta Política de 1969, inicialmente, “o Tribunal chegou a pôr em dúvida serem as regras de reserva de iniciativa legislativa da Constituição da República de absorção compulsória pelas ordens locais (ADI n. 56 MC, 7.6.1989,

¹³³ ADI 2050 MC/RO – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 2/9/1999 – Unânime. Pub: DJ de 2/4/2004, p. 8.

¹³⁴ ADI 2115 MC/RS – Rel: Ilmar Galvão – J: 23/2/2000 – Unânime. Pub: DJ de 7/4/2000, p. 44.

¹³⁵ No mesmo sentido: ADI 2192 MC/ES.

¹³⁶ ADI 2434 MC/AP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 16/5/2001 – Unânime. Pub: DJ de 10/8/2001, p. 2.

Borja, RTJ 129/9)”¹³⁷. Na sequência, o relator externou que prevaleceu e se consolidou a jurisprudência que retira do art. 25, combinado com o art. 2º da Constituição de 1988, a norma que, atendendo ao princípio da separação de poderes, impõe aos Estados-Membros as mesmas regras do processo legislativo federal¹³⁸.

No tocante à análise do vício formal de iniciativa, discutido na medida cautelar requerida na ADI n. 2.434/AP, o Governador do Estado do Amapá invocou a jurisprudência consolidada do STF para afirmar que, no caso concreto, ocorrera aumento de remuneração dos servidores públicos alcançados por lei estadual, de iniciativa parlamentar, que instituiu o chamado programa de remuneração variável. A Assembleia Legislativa, requerida, ponderou que a lei questionada simplesmente havia explicitado “corolários dos direitos sociais garantidos no art. 7º, XVII e XVIII, estendidos aos servidores públicos pelo art. 39, § 3º, da Constituição”¹³⁹.

A jurisprudência invocada pela Assembleia Legislativa do Estado do Amapá para amparar sua argumentação – e aqui está o ponto –, retirada do acórdão da ADI n. 1.835, de 13/8/1998, de relatoria também do Min. Sepúlveda Pertence, tinha por base a inteligência de que não implicava vedação originária de reserva de iniciativa a emenda parlamentar que, mesmo acarretando aumento de despesa, “de qualquer modo adviria da aplicação direta de norma da Constituição, como no caso, a que impõe a extensão aos inativos do aumento de vencimentos concedido, segundo o projeto inicial, aos correspondentes servidores da ativa”¹⁴⁰. Ou seja, a norma tomada por base para configurar um vício formal cometido por desobediência à reserva de iniciativa pode ter sua aplicação mitigada em respeito ao prescrito em outra norma, desde que também esta tenha sido retirada do texto constitucional.

¹³⁷ ADI 2434 MC/AP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 16/5/2001 – Unânime. Pub: DJ de 10/8/2001, p. 2.

¹³⁸ Algumas decisões que consolidaram a jurisprudência do STF: ADI 582 MC, Néri, DJ 7/2/1992; ADI 645 MC, Galvão, DJ 21/2/1992; ADI 546 MC, Moreira, DJ 8/11/1991; ADI 822 MC, Pertence, DJ 5/2/1993; ADI 152, Galvão, RTJ 141/355; ADI 120, Moreira, DJ 20/3/1996; ADI 227, Corrêa, DJ 19/11/1991; ADI 2.302 MC, Néri, 2/5/2001, Inf. STF 226; ADI 2.050 MC, Corrêa, 2/9/1999; Inf. STF 166; ADI 2.165 MC, Galvão, 21/2/2001, Inf. STF 218; ADI 2.336, Jobim, 19/12/2000; Inf. STF 215; ADI 2.113 MC, Gallotti, DJ 27/3/2003.

¹³⁹ ADI 2434 MC/AP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 16/5/2001 – Unânime. Pub: DJ de 10/8/2001, p. 2.

¹⁴⁰ ADI 1835 MC/SC – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 13/8/1998 – Pub: DJ de 4/2/2000.

No caso concreto, discutido no bojo da ADI n. 2.434/AP, conforme explicou o Min. Sepúlveda Pertence, a imprecisão quanto ao regime da vantagem discutida, não permitia “inferir com segurança se decorreria ou não da própria Constituição a sua inclusão na remuneração do servidor público (CF, art. 7º, XVII e XVIII, c/c art. 39, § 3º)”¹⁴¹. Desta forma, foi deferida a medida cautelar para suspender, até a decisão definitiva da ação direta, a vigência da Lei Estadual n. 545, de 23/5/2000, do Estado do Amapá, mas ficou assentada a possibilidade de discussão da aplicabilidade da reserva de iniciativa, quando o próprio texto constitucional ampara postura em sentido contrário.

Em 9/11/2001, em acórdão unânime, o STF acolheu o relatório¹⁴² do Min. Moreira Alves que deferiu pedido liminar na ADI n. 2.408/ES para suspender a vigência de lei estadual, de iniciativa do Poder Legislativo, que criava cargos em comissão no Departamento Estadual de Trânsito em desrespeito ao disposto no art. 61, § 1º, II, “a”. Na mesma linha, no julgamento da ADI n. 1.677/DF, em 3/2/2003, o Min. Moreira Alves, relator, deu parecer, acolhido por unanimidade pelo Plenário, pela inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 1.626, de 1997, que, inovando, criava cargos por transformação, como também tratava do seu provimento, sem que a iniciativa tivesse partido do Governador do Distrito Federal¹⁴³.

A ADI n. 2.569/CE, julgada em 19/3/2003, trouxe à discussão do Plenário do Supremo o chamado projeto de lei autorizativo, já explanado no capítulo anterior, que ocorre quando outro Poder, normalmente o Executivo, fica autorizado por lei a criar um órgão da Administração ou realizar uma atividade que já era do seu alvedrio executar, por normatização já traçada pela Constituição. No caso, a Lei Estadual n. 13.145, de 2001, de iniciativa parlamentar, obrigava o Governo do Estado a enviar mensagem, a cada mês de agosto, reajustando os salários dos militares e dos servidores civis do Estado, além de autorizar a criação, pelo Poder Executivo, “de Comissão Permanente destinada a negociações de questões relativas ao serviço público”¹⁴⁴. Na assentada, o Supremo, em votação unânime, entendeu que – independentemente de serem autorizativas ou não – “leis relativas à remuneração

¹⁴¹ ADI 2434 MC/AP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 16/5/2001 – Unânime. Pub: DJ de 10/8/2001, p. 2.

¹⁴² ADI 2408 MC/ES – Rel: Min. Moreira Alves – J: 9/11/2001 – Unânime. Pub: DJ de 10/11/2001, p. 42.

¹⁴³ ADI 1677/DF – Rel: Min. Moreira Alves – J: 3/2/2003 – Unânime. Pub: DJ de 28/3/2003, p. 61.

¹⁴⁴ ADI 2569/CE – Rel: Min. Carlos Velloso – J: 19/3/2003 – Unânime. Pub: DJ de 2/5/2003, p. 26.

do servidor público, que digam respeito ao regime jurídico destes, que criam ou extingam órgãos da administração pública, são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo”³³.

O tema do projeto autorizativo volta à baila durante o julgamento da ADI n. 1.955/RO¹⁴⁵, ocorrido também em 19/3/2003, cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes. A ação, requerida pelo Governador em face da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, tinha por pedido a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 791, de 1998, que autorizava a concessão de abono especial mensal a todos os servidores da Administração Direta do Estado. A argumentação do Chefe do Poder Executivo esclareceu que a citada lei, ao desprezar “o princípio da independência e harmonia que deve nortear as relações entre os Poderes Públicos”¹⁴⁶, retirou da Administração do Estado a sua capacidade de auto-organização. O acórdão considerou a Lei Estadual n. 791/1998 inconstitucional, pois ela, oriunda de iniciativa parlamentar, mesmo sendo de cunho autorizativo, “ao disciplinar a concessão de abono especial mensal aos servidores públicos estaduais, tratou de matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, “a”)”¹⁴⁷.

Na sequência, a ADI n. 2.742/ES foi julgada procedente, por unanimidade, para declarar inconstitucional lei estadual, de origem parlamentar¹⁴⁸, que extinguiu cargos e disciplinava a promoção nas carreiras do Corpo de Bombeiros Militar. Segundo o acórdão, “compete exclusivamente ao Governador a iniciativa de leis que cuidem da extinção de cargos públicos e da promoção de carreiras diretamente vinculadas ao Poder Executivo, especialmente quando resultarem em acréscimo de despesa pública (CF, arts. 61, § 1º, “a” e “c”; 63, I; e 144, § 6º)”¹⁴⁹.

Outro julgamento que merece uma análise mais criteriosa é o da ADI n. 2.863/PB, ocorrido em 19/3/2003 e relatado pelo Min. Nelson Jobim. A ação questionava a constitucionalidade do art. 39, da Constituição do Estado da Paraíba, que assegurava ao servidor público o princípio da hierarquia salarial, ou seja, a “garantia de que haverá, em cada nível de vencimento, um acréscimo nunca inferior

¹⁴⁵ ADI 1955/RO – Rel: Min. Gilmar Mendes – J: 19/3/2003 – Unânime. Pub: DJ de 13/6/2003, p. 8.

¹⁴⁶ Ibid., p. 9.

¹⁴⁷ Ibid., p. 9.

¹⁴⁸ No mesmo sentido: ADI 1.353/RN; ADI 2.892/ES; ADI 2.988/DF.

¹⁴⁹ ADI 2742/ES – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 20/3/2003 – Unanimidade. Pub: DJ de 23/5/2003, p. 30.

a cinco por cento do nível imediatamente antecedente e a fixação, entre cada classe, referência ou padrão, de diferença não inferior a cinco por cento”¹⁵⁰.

O relator, Min. Jobim, acolheu posição adotada pelo Procurador-Geral da República (PGR) no sentido de que a matéria do art. 39 da Constituição do Estado da Paraíba era, de forma nítida, relativa à remuneração de servidor público. Assim, tratava-se de tema que, inserido no bojo da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, na espécie, caracterizava a inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

O voto-vencido do Min. Marco Aurélio apresentou a discussão de maior interesse para este trabalho. Disse ele que o princípio da hierarquia salarial tinha o cunho de estímulo ao progresso na carreira e o fazia sem ferir a norma do art. 25 da Constituição Federal. Disse mais que esta disciplina já se encontrava na própria Constituição, não de maneira abrangente, mas de “forma setORIZADA, considerada a magistratura. O constituinte originário previu que a diferença não poderia ser, no caso, inferior a 5%, creio que até a mesma percentagem adotada pelo constituinte do Estado da Paraíba quanto à regra instituída”³⁷. Com esses argumentos, o Min. Marco Aurélio não viu falta de harmonia entre o texto da Constituição Estadual e o da Constituição da República. Pelo contrário, ele avaliou que os dois seguiam a mesma trilha.

Em 27/4/2004, a Min. Ellen Gracie apresentou, na 2ª Turma, relatório sobre o RE n. 301.841/PR, que teve aprovação unânime, no qual retrata o julgamento do RE n. 174.741/PR, relatado pelo Min. Carlos Velloso sobre as restrições a emendas parlamentares em projetos de iniciativa privativa do Poder Executivo. Ficou assentado que o Poder Legislativo pode fixar, por meio de emenda, o teto de vencimentos dos servidores de outro Poder, pois a jurisprudência do Supremo somente “restringe o poder de emenda em matérias de iniciativa reservada nas hipóteses de aumento de despesa e de descompasso entre a emenda e o assunto do projeto”¹⁵¹.

¹⁵⁰ ADI 2863/PB – Rel: Min. Nelson Jobim – J: 19/9/2003 – Maioria, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. Pub: DJ de 28/5/2004, p. 4.

¹⁵¹ RE 301841/PR – Rel: Min. Ellen Gracie – J: 27/4/2004 – Unânime na 2ª Turma. Pub: DJ de 14/5/2004, p. 61.

Noutro caso¹⁵² – projeto de Governador, em matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo, relativa à remuneração de servidores –, tendo a matéria sido aprovada com emendas de origem parlamentar que acarretavam aumento de despesa prevista, pois ampliava o universo dos servidores beneficiados e alargava os critérios da proposta original, a decisão foi pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo inserido pelo Poder Legislativo¹⁵³.

Merece uma parada para análise mais acurada a ADI n. 3.394/AM, relatada pelo Min. Eros Grau em 2/7/2007. A ação foi movida pelo Governador do Estado em face da Assembleia Legislativa, questionando a constitucionalidade da Lei Estadual n. 50, de 2004, que obriga o Estado a realizar gratuitamente o teste de paternidade e maternidade para atender a interesses de pessoas reconhecidamente carentes¹⁵⁴.

O relator afasta, de início, a inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, afirmando que “não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo Estadual. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da Constituição do Brasil”¹⁵⁵. Ele assevera – e é bom que seja retratado sem paráfrase – que “não se pode ampliar aquele rol, para abranger toda e qualquer situação que crie despesa para o Estado-membro, em especial quando a lei prospere em benefício da coletividade”¹⁵⁶.

O relator da ADI n. 3.394/AM, Min. Eros Grau, lança mão de raciocínio desenvolvido pelo Min. Octávio Gallotti, quando do julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 2.072/RS, de 19/9/2003. Diz o Min. Gallotti que o Poder Legislativo pode criar despesa num projeto que não seja da iniciativa exclusiva do Presidente da República, o que não pode é “haver aumento de despesa por emenda a projeto do Poder Executivo”¹⁵⁷. O Ministro Moreira Alves, nesse mesmo julgamento de setembro de 2003, registra que “se se entender que qualquer dispositivo que

¹⁵² ADI 2170/SP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 17/8/2005 – Unânime. Pub: DJ de 9/9/2005, p. 33.

¹⁵³ No mesmo sentido: ADI 1470/ES.

¹⁵⁴ ADI 3394/AM – Rel: Min. Eros Grau – J: 2/4/2007 – Maioria – Votos vencidos dos Min. Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Acórdão em sentido contrário. Pub: DJ de 24/8/2007, p. 23.

¹⁵⁵ Ibid., p. 23.

¹⁵⁶ Ibid., p. 23.

¹⁵⁷ Ibid., p. 24.

interfira no orçamento fere a iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, não será possível legislar, sem essa iniciativa, a respeito de qualquer matéria”¹⁵⁸.

Ambas as Turmas do STF já haviam sopesado a imposição da reserva de iniciativa do art. 61, § 1º, inciso II, da Constituição da República em presença do inciso LXXIV, do art. 5º da Constituição da República, que determina ao Estado a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos, concluindo que, nos casos¹⁵⁹, a garantia em favor dos hipossuficientes falava mais alto.

Nesses termos, o relator da ADI n. 3.394/AM, Min. Eros Grau, vota pela constitucionalidade da Lei do Estado do Amazonas n. 50, de 2004, no que é acompanhado pela maioria do Pleno, porque ela “viabiliza o efetivo exercício do direito à assistência judiciária, consagrado no art. 5º, inciso LXXIV, da CB/88”⁴¹, afastando, no caso, a aplicação do art. 61, § 1º, inciso II, mesmo ocorrendo o claro aumento de despesa que a aplicação da lei imporia ao Estado. Essa decisão do STF reforça a ideia de que a reserva de iniciativa na confecção das leis pode e deve ser questionada em face de outras normas de mesmo nível que respondam a direitos garantidos também pelo texto constitucional.

Fechando o tópico das limitações referentes à criação de cargos públicos e ao aumento de sua remuneração, cabe analisar o julgamento da ADI n. 341/PR, ocorrido em 14/4/2010, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Eros Grau. A ação questionava a constitucionalidade da Lei Estadual n. 9.293, de 1990, que tornava sem efeito, de 1/1/1990 até 20/6/1990, todos os atos, processos ou iniciativas que tivessem gerado qualquer punição aos integrantes do magistério e demais servidores públicos, em virtude de interrupção das atividades profissionais, decorrente de decisão dos próprios servidores¹⁶⁰.

O Min. Eros Grau, relator, julgou procedente o pedido, para declarar a citada lei inconstitucional, por entender que a anistia concedida a servidores públicos por iniciativa exclusiva do Poder Legislativo tocava diretamente no regime jurídico

¹⁵⁸ ADI 3394/AM – Rel: Min. Eros Grau – J: 2/4/2007 – Maioria – Votos vencidos dos Min. Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Acórdão em sentido contrário. Pub: DJ de 24/8/2007, p. 23.

¹⁵⁹ RE n. 207.732, Rel: Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 2/8/2002; e RE n. 224.775, Rel: Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ de 24/5/2002.

¹⁶⁰ ADI 341/PR – Rel: Min. Eros Grau – J: 14/4/2010 – Maioria – Vencidos integralmente Min. Marco Aurélio e Ayres Britto e, parcialmente, o Min Dias Toffoli. Pub: DJ de 11/6/2010, p. 1.

desses servidores, bem como a execução da medida implicava aumento de despesa para o Erário, aumento esse que teria lugar à revelia de o Governador do Estado poder fazer um juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade da adoção da medida.

Com diferente entendimento, o Min. Marco Aurélio não viu a questão como um caso que desrespeitasse a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Para ele, devia o Tribunal considerar os aspectos sociais envolvidos, pois “está-se em um âmbito maior que extravasa [...] o campo de atuação exclusiva desse Poder mesmo porque foi ele que fez cessar as relações jurídicas em razão da paralisação dos prestadores de serviço integrantes do magistério, classe dos professores, sacrificada no Brasil”¹⁶¹. Mais uma vez, o Min. Marco Aurélio insistiu pela relativização do princípio da reserva de iniciativa, quando esta é invocada em detrimento de princípios sociais que protegem a coletividade.

O Min. Dias Toffoli também divergiu do voto do relator, no caso com base no art. 48, inciso VIII, da Constituição Federal, que estabelece ser da competência do Congresso Nacional a concessão de anistia e, pelo princípio da simetria, ser também da competência das Assembleias Legislativas editar normas sobre o tema. Considerou o Min. Toffoli, na linha do que defendeu o Min. Marco Aurélio, que o que se discutia era uma norma de anistia e não uma norma de serviço público e, portanto, não usurpava as competências privativas do Chefe do Poder Executivo.

Nesse ponto da discussão – e ainda estávamos no dia 1/2/2010, momentos antes de o Min. Ayres Britto pedir vistas ao processo, que somente voltaria à Mesa no dia 14/4/2010 –, o Min. Dias Toffoli julgou que a Lei do Estado do Paraná n. 9.293, de 1990, deveria ser julgada inconstitucional, não por ferir o princípio da reserva de iniciativa, porque não feria, mas porque desconsiderava o princípio da razoabilidade, vez que não deixava explícito qual era o movimento que ela queria anistiar”¹⁶². Em resposta, o Min. Eros Grau lavrou protesto no sentido de que o Supremo somente julgava “a constitucionalidade; a razoabilidade das leis só o Poder Legislativo poderia apreciar”⁴⁴. Na cizânia momentaneamente estabelecida, o Min. Ricardo Lewandowski colocou mais lenha na fogueira, ao apontar que a lei estadual

¹⁶¹ Ibid., p. 9.

¹⁶² ADI 341/PR – Rel: Min. Eros Grau – J: 14/4/2010 – Maioria – Vencidos integralmente Min. Marco Aurélio e Ayres Britto e, parcialmente, o Min Dias Toffoli. Pub: DJ de 11/6/2010, p. 1.

atacada, em seu art. 2º, criava nova hipótese de crime de responsabilidade, sendo que tal medida era visivelmente de competência privativa da União.

No retorno do pedido de vistas, o Min. Ayres Britto defendeu a tese de que a Lei n. 9.293/1990 tratava mesmo de anistia, entendida esta como “perdão estatal ou mecanismo jurídico-positivo de desfazimento de pena. No caso, perdão de natureza administrativa, porque incidente sobre infrações de idêntica natureza, cometidas por uma dada categoria de servidores estaduais”¹⁶³. Ele argumentou que a própria Constituição da República, em seu art. 48, inciso VIII, prescreve que é da competência do Congresso Nacional dispor sobre a concessão de anistia e, simetricamente, é também da competência das Assembleias Legislativas, no âmbito estadual. Além disso, citou o Min. Ayres Britto que três leis federais de origem parlamentar – Leis nºs 10.790/2003, 11.282/2006 e 12.191/2010 – tinham o mesmo conteúdo da lei ora atacada, qual seja, anistiar servidores públicos punidos por participarem de movimentos reivindicatórios.

O Min. Ayres Britto afastou, ainda, a afirmação de que a concessão de anistia é competência privativa da União, pois o inciso XVII do art. 21 da Constituição Federal somente trata das anistias de ordem política e penal, “tanto que o § 6º do art. 150 da Magna Carta expressamente autoriza a concessão de anistia atinente a impostos, taxas e contribuições pelos Estados e Municípios, mediante lei específica”¹⁶⁴. No seu voto-vista, o Min. Ayres Britto somente não seguiu por completo o voto do Min. Marco Aurélio porque considerou que o art. 2º da Lei atacada é mesmo inconstitucional, pois cabe somente à União legislar sobre crimes de responsabilidade.

O Min. Dias Toffoli voltou, então, ao debate para asseverar que o parlamentar pode sim propor lei de anistia. Disse ele que “se o parlamentar pode propor lei de anistia à penalidade aplicada no âmbito criminal, que é o mais drástico, o mais severo [...], por que não pode o parlamentar ter a iniciativa legislativa de anistiar alguém que foi punido num processo administrativo disciplinar?”¹⁶⁵

¹⁶³ ADI 341/PR – Rel: Min. Eros Grau – J: 14/4/2010 – Maioria – Vencidos integralmente Min. Marco Aurélio e Ayres Britto e, parcialmente, o Min. Dias Toffoli. Pub: DJ de 11/6/2010, p. 1.

¹⁶⁴ Ibid., p. 2.

¹⁶⁵ Ibid., p. 2.

Apesar de a tese do aumento de despesa ter vencido, o que fulminou a constitucionalidade da Lei paranaense n. 9.293, de 1990, a análise robusteceu a possibilidade de se discutir e interpretar, à luz do texto constitucional, as restrições impostas pela reserva de iniciativa privativa, principalmente quando, no mérito, há o planejamento ou desenvolvimento de políticas públicas que beneficiariam parte significativa da coletividade.

4.4 Limitações referentes aos servidores públicos

O estudo das limitações que envolvem os servidores públicos é crucial para entender a origem e a dinâmica de qualquer plano ou programa que tencione estabelecer determinada política pública no Brasil. Para chegar a esta conclusão com facilidade basta verificar que, lugar-comum, as políticas públicas são planejadas, coordenadas e, na maioria das vezes, executadas por servidores do Estado, notadamente os incluídos na cadeia de subordinação do Poder Executivo.

Os entes estatais, principalmente a União, são os grandes, senão únicos, agentes de realização de políticas públicas em nosso país. É fundamental, portanto, verificar como a jurisprudência do STF tem evoluído na análise acerca da aplicação do art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição da República, que reserva ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa legislativa exclusiva para apresentar projetos de lei que tratem dos servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.

No início da década de 1990, uma vez promulgadas as constituições dos Estados-Membros, o possível desrespeito à reserva de iniciativa, na redação da constitucional estadual, passou a ser questionado no Supremo Tribunal Federal. Já em 17/10/1991, o tema vem à discussão no Supremo, com o julgamento da medida cautelar na ADI n. 290/SC, relatada pelo Min. Celso de Mello. Essa ADI golpeava o art. 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que concedia vantagens e benefícios onerosos a servidores públicos estaduais. O dispositivo, de origem parlamentar, estabelecia um piso salarial aos servidores públicos de nível médio e superior, vinculando os vencimentos a índices ou valores fixados em nível federal, além de assegurar aos servidores públicos um limite mínimo de remuneração. Segundo o Min. Celso de Mello, o conteúdo da norma constitucional estadual atacada “parece cercear a atuação discricionária dos órgãos ativamente legitimados

para a instauração, na esfera de sua respectiva competência, do correspondente processo legislativo”¹⁶⁶, sendo, portanto, deferida a medida liminar pleiteada.

Em 19/3/1992, foi julgada a medida cautelar na ADI n. 637/MA, relatada pelo Min. Celso de Mello, na qual o Governador do Estado questiona a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, de 1990, que prescrevia aproveitamento e acesso relativos ao provimento de cargos públicos. A essa altura, a jurisprudência do Supremo estava se orientando no sentido de acolher a tese de que “o reconhecimento ou outorga de direitos aos funcionários públicos, em sede constitucional estadual, restringe o poder de iniciativa – de exercício privativo, nessa matéria – conferido, dentre outros órgãos estatais, ao próprio Chefe do Poder Executivo”¹⁶⁷.

Em 27/3/1992 ocorreu o julgamento do pedido de medida cautelar¹⁶⁸ na ADI n. 668/AL, relatada também pelo Min. Celso de Mello, que questionava a constitucionalidade do inciso XII, do art. 55, da Constituição do Estado de Alagoas, que fixava um salário mínimo profissional como piso salarial para certas categorias de servidores públicos. O acórdão registrou que a fixação imposta pela Constituição Estadual criava um mecanismo de reajuste automático de vencimentos que afetava “o postulado da separação de poderes, por inobservância da cláusula de iniciativa reservada para a instauração do necessário processo legislativo”¹⁶⁹.

O julgamento da medida cautelar pedida na ADI n. 766/RS, relatada pelo Min. Celso de Mello em 3/9/1992, enfrentou a possível inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 9.643, de 1992, do Estado do Rio Grande do Sul, originária de projeto de lei de iniciativa parlamentar, que tratava da jornada extraordinária de trabalho e do adicional de trabalho noturno de servidores da polícia civil e de servidores militares estaduais. O acórdão exarado pelo Supremo conclui que “incide em vício de inconstitucionalidade formal a norma estadual que, oriunda de iniciativa parlamentar, versa sobre matéria sujeita a iniciativa constitucionalmente reservada

¹⁶⁶ ADI 290 MC/SC – Rel: Min. Celso de Mello – J: 17/10/1991 – Unânime. Pub: DJ de 3/4/1992, p. 287.

¹⁶⁷ ADI 637 MC/MA – Rel: Min. Celso de Mello – J: 19/3/1992 – Unânime. Pub: DJ de 1/10/2004, p. 9.

¹⁶⁸ ADI 668 MC/AL – Rel: Min. Celso de Mello – J: 27/3/1992 – Unânime. Pub: DJ de 19/6/1992, p. 519.

¹⁶⁹ Ibid., p. 520.

ao Chefe do Poder Executivo”¹⁷⁰. Nessa decisão, cabe notar que o STF definiu a locução regime jurídico dos servidores públicos como sendo o “conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes”¹⁷¹.

Noutro tomo, o acórdão do Pleno, lavrado pelo Min. Celso de Mello para conceder a medida liminar pedida na ADI n. 776/RS¹⁷², de 23/10/1992, trouxe vários pontos que merecem ser comentados. A ação visava impugnar a Lei Estadual n. 9.717, de 1992, que vedava o estabelecimento de limite máximo de idade para inscrição de candidatos nos concursos públicos realizados por órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Estado, vedando qualquer concurso, mesmo em andamento, que desrespeitasse a lei.

O Min. Celso de Mello, já de início, reforça o entendimento já consolidado do STF de que a reserva de iniciativa não se presume, pois ela “deve resultar – em face do seu caráter excepcional – de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em *numerus clausus*, as hipóteses em que essa cláusula de privacidade regerá a instauração do processo de formação das leis”⁵⁴. Na sequência, tratou da reserva de administração e da separação de poderes, para afirmar, sobre a primeira, que “o princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo” e, sobre a segunda, que “não cabe ao Poder Legislativo, sob pena de desrespeito ao postulado da separação de poderes, deconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo no estrito desempenho de suas atribuições institucionais”⁵⁴.

O mérito da ADI n. 776/RS foi julgado em 2/8/2007, com relatório, aprovado por unanimidade, do Min. Sepúlveda Pertence. Em sua análise, o Min. Pertence remontou ao que fora decidido no julgamento da ADI n. 243 (DJ de 29/11/2002), segundo o qual ficou patente que o Tribunal considerava possível ressalva das hipóteses de limitação de idade como restrição, devido à natureza das atribuições do

¹⁷⁰ ADI 766 MC/RS – Rel: Min. Celso de Mello – J: 3/9/1992 – Unânime. Pub: DJ de 27/5/1994, p. 186.

¹⁷¹ Ibid., p. 186.

¹⁷² ADI 776 MC/RS – Rel: Min. Celso de Mello – J: 23/10/1992 – Unânime. Pub: DJ de 15/12/2006, p. 80.

cargo a preencher, devendo, porém, essa ressalva estar prevista em lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Na oportunidade – lembrou o Min. Pertence –, ele ficara vencido, juntamente com os Ministros Octávio Gallotti, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, por entender que uma norma geral de limites de idade para ingresso no serviço público estadual não deveria ser caracterizada como uma “miudeza atinente ao regime jurídico dos servidores, de iniciativa legislativa do Executivo, mas sim princípio fundamental de Administração, de tratamento adequado à Constituição local, a saber, o princípio da isonomia”¹⁷³. O precedente em discussão cuidava de um dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

No caso da ADI n. 776/RS, como se tratava de lei ordinária do Estado do Rio Grande do Sul, ou seja, não se discutia dispositivo da Constituição Estadual, o Min. Pertence julgou que não era necessário opor suas reservas à tese que já estava instituída no STF e, assim, mesmo considerando plausível discutir a limitação de forma com argumentos de mérito, votou pelo deferimento do pedido que declarava inconstitucional a Lei n. 9.717, de 1992, do Estado do Rio Grande do Sul.

Em 16/4/1993, o Pleno do STF julgou a medida cautelar pedida na ADI n. 856/RS, relatada pelo Min. Celso de Mello, que atacava a Lei Estadual n. 9.841, de 13/3/1993. Esta Lei, de iniciativa do parlamento estadual, equiparava às funções de magistério, para efeito de aposentadoria especial, as atividades realizadas fora de sala de aula. A leitura do acórdão relativo a essa cautelar conduz a pensamento que já venho consolidando ao longo desse estudo, qual seja a dificuldade, quase impossibilidade, de realização de análise coerente de forma sem adentrar no mérito do conflito e nas consequências práticas da decisão a ser tomada. No caso em tela, para dar suporte ao entendimento que levou ao deferimento da cautelar, o relator foi ao mérito para explicar que a aposentadoria especial concedida, excepcionalmente, a professores, “limita-se àqueles que se acham em efetivo serviço de funções de magistério, não se estendendo, em consequência, sob pena de inconstitucionalidade material, a quem, ainda que integrante do Quadro de Magistério, não desempenha atividade de caráter docente”¹⁷⁴. Os servidores que trabalhavam nas escolas, mas

¹⁷³ ADI 776/RS – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 2/8/2007 – Unânime – DJ de 6/9/2007, p. 45.

¹⁷⁴ ADI 856 MC/RS – Rel: Min. Celso de Mello – J: 16/4/1993 – Unânime. Pub: DJ de 19/12/2006, p. 34.

não estavam no dia a dia da sala de aula, em contato direto com os alunos, no processo de ensino e aprendizagem, pouco ou nada diferiam dos trabalhadores de modo geral e, portanto, não podiam fazer jus à aposentadoria diferenciada¹⁷⁵. As matérias ligadas ao regime jurídico dos servidores públicos – e o instituto da aposentadoria é uma delas – estão sujeitas “à cláusula de reserva constitucional de iniciativa [exclusiva] do Chefe do Poder Executivo”¹⁷⁶.

Na mesma linha da jurisprudência que se consolidava no Supremo, foi julgada a ADI n. 248/RJ em 18/11/1993, sob relatoria do Min. Celso de Mello, que questionava a constitucionalidade dos arts. 69 e 74 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que, no caso, havia transformação de cargos e transferência de servidores para outros cargos ou categorias funcionais. No acórdão, o relator registrou que “a iniciativa reservada das leis que versem sobre o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes”¹⁷⁷.

Em 25/5/1994, foi julgada a ADI n. 430/DF, sob relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, que tinha como norma atacada o art. 23 do ADCT da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, cujo objetivo era restaurar prazo de validade de concurso que já estava exaurido, engendrando a nomeação de pessoas sem concurso para cargos públicos. No caso, a burla ao princípio do concurso público não deixava dúvidas sobre a inconstitucionalidade da norma. Não obstante, o Ministro Pertence, no preâmbulo de sua análise, assinalou que tinha “posição restritiva quanto à oponibilidade sem temperamentos do princípio [sensível da separação e independência dos poderes] – que diz com as relações entre os poderes constituídos – ao poder constituinte estadual”¹⁷⁸.

Num passo seguinte, sob relatoria do Min. Sydney Sanches, foi julgada, em 6/9/1995, a ADI n. 665/DF¹⁷⁹, que questionava a Lei n. 165, de 25/9/1991, do Distrito

¹⁷⁵ No mesmo sentido: ADI 1160 MC/AM – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 30/3/1995 – Unânime, ausente o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 19/5/1995, p. 13.

¹⁷⁶ ADI 856 MC/RS – Rel: Min. Celso de Mello – J: 16/4/1993 – Unânime. Pub: DJ de 19/12/2006, p. 36.

¹⁷⁷ ADI 248/RJ – Rel: Min. Celso de Mello – J: 18/11/1993 – Unânime. Pub: DJ de 8/4/1994, p. 8.

¹⁷⁸ ADI 430/DF – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 25/5/1994 – Unânime. Pub: DJ de 1/7/1994, p. 34.

¹⁷⁹ ADI 665/DF – Min: Sydney Sanches – J: 6/9/1995 – Unânime. Pub: DJ de 27/10/1995, p. 3.

Federal, de iniciativa parlamentar, que versava sobre a contagem de tempo de serviço para todos os efeitos e de provimento de cargos, definindo critérios para a progressão funcional. Como o art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal atribui ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa do processo legislativo no trato do regime jurídico dos servidores públicos – na linha da jurisprudência consolidada do STF –, a citada Lei foi declarada inconstitucional.

Em 7/12/1995, foi julgada a medida cautelar requerida na ADI n. 1.381/AL, relatada pelo Min. Celso de Mello, que atacava a Lei Estadual n. 5.729, de 1995, cujo escopo era alterar dispositivos do Estatuto dos Policiais Militares do Estado, notadamente a transferência para a inatividade e a reforma. A Lei, de iniciativa parlamentar, foi vetada pelo Governador do Estado, mas o veto foi derrubado pela Assembleia Legislativa, que promulgou o diploma legal.

A liminar foi concedida, para suspender a eficácia da citada Lei n. 5.729/1995, do Estado de Alagoas, pois o processo legislativo que envolveu sua tramitação desrespeitou a cláusula de reserva de iniciativa concedida ao Poder Executivo para projetos que tratem do regime jurídico dos servidores públicos. Interessante notar que, apesar de, no caso, o projeto de lei levado à sanção ter sido vetado pelo Governador, o Min. Celso de Mello quis deixar assentado que “nem mesmo a ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, tem o condão de sanar esse defeito jurídico radical”¹⁸⁰.

Tendo como relator o Min. Sydney Sanches, foi julgada, em 7/8/1996, a medida cautelar requerida na ADI n. 1.487/SC¹⁸¹, com a intenção de impugnar a Lei Estadual n. 10.184, de 1996, de iniciativa parlamentar, que majorava os proventos de aposentadoria dos professores estaduais, sem a iniciativa do Chefe do Poder Executivo, constante do art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, e art. 25 da Constituição da República. Seguindo a jurisprudência consolidada do STF, a medida cautelar foi deferida.

¹⁸⁰ ADI 1381 MC/AL – Rel: Min. Celso de Mello – J: 7/12/1995 – Unânime. Pub: DJ de 6/6/2003, p. 29.

¹⁸¹ ADI 1487 MC/SC – Rel: Min. Sydney Sanches – J: 7/8/1996 – Unânime. Pub: DJ de 22/11/1996, p. 235.

Importante discussão para o desenvolvimento desta análise pode ser retirada do julgamento da ADI n. 1.434/SP, ocorrido em 10/11/1999, que teve como relator o Min. Sepúlveda Pertence. Na ação, o Governador do Estado de São Paulo requereu fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 101 da Constituição Estadual, que atribuiu aos procuradores autárquicos direito aos mesmos vencimentos e vantagens conferidos por lei aos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado.

O Governador, na petição inicial, argumentou que não havia a identidade necessária que ensejasse a incidência da regra de isonomia, supostamente prevista, à época, no primitivo § 1º do art. 39 da Constituição Federal, que teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, para afastar mais ainda qualquer possibilidade de isonomia, pois os órgãos em que os procuradores autárquicos atuavam não possuíam atribuições de representação judicial e extrajudicial do Estado, representação esta que era, como ainda é, feita com exclusividade pela Procuradoria-Geral.

Em postura contrária à do Governador, o Advogado-Geral da União ponderou, após pesquisa na legislação complementar e ordinária estadual, que “a isonomia de tratamento entre os Procuradores do Estado e os Procuradores Autárquicos remontava de quase quarenta anos, razão pela qual o Constituinte paulista apenas manteve a isonomia guerreada na presente lide”¹⁸².

A Procuradoria-Geral da União, por seu turno, apresentou parecer que alegava a inconstitucionalidade do art. 101 da Constituição do Estado de São Paulo por desacato direto ao art. 37, XIII, da Constituição Federal, que veda a vinculação ou equiparação de vencimentos, para efeito de remuneração, de pessoal do serviço público. Disse mais que a manutenção do art. 101 na Constituição estadual iria “preservar para a eternidade uma situação de fato constituída eventualmente, com isso impedindo que o legislador ordinário viesse a alterá-la, no futuro”¹⁸³, bem como restringindo a aplicação do princípio da iniciativa exclusiva ao Governador do Estado, que encontra amparo no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal.

¹⁸² ADI 1434/SP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 10/11/1999 – Maioria. Pub: DJ de 25/2/2000, p. 41.

¹⁸³ Ibid., p. 46.

O relator, Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, reafirmou entendimento, sedimentado na jurisprudência do STF, conforme ele mesmo tinha demonstrado na ADI n. 276, julgada em 13/11/1997, no sentido de que, quando o Constituinte derivado introduzia na Constituição Estadual “assuntos miúdos do regime jurídico dos servidores públicos, sem correspondência no modelo constitucional federal”¹⁸⁴, ele cometia uma indevida restrição ao princípio da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo numa manobra que podia ser interpretada como uma fraude ou obstrução antecipada ao jogo.

O Min. Sepúlveda Pertence asseverou, ainda, que “a verificação da inconstitucionalidade formal antecede logicamente e, se afirmada, a rigor prejudica a da inconstitucionalidade material”¹⁸⁵, mas reconhece que o STF tem examinado as duas de forma entrelaçada, o que avalia ser uma boa medida para os órgãos judiciais colegiados. De qualquer forma, considerou o Min. Pertence que “não cabe contestar a inconstitucionalidade formal de uma norma por vício de iniciativa com o aceno a consequências acaso derivadas da declaração de sua invalidez”¹⁸⁶. Desta forma, votou pela procedência da ação direta.

Esta, definitivamente, não foi a posição defendida pelo Min. Marco Aurélio. Ele, no seu voto, fez uma análise do caminho percorrido pelo Constituinte paulista para inserir na Carta do Estado a norma igualitária do art. 101, com o objetivo de mostrar que o que levou a essa medida, “sem dúvida foi a prestação de serviço; foi a equivalência valorativa dessa prestação de serviço”¹⁸⁷. Ele não julgou aceitável que um procurador do Estado percebesse “quantia superior àquele que exerce idêntica atividade, numa entidade da administração, seja direta, seja indireta, com exceção, logicamente, das pessoas jurídicas de direito privado, as sociedades de economia mista e as empresas públicas”¹⁸⁸.

O voto condutor do acórdão da ADI n. 1.434/SP, do Min. Sepúlveda Pertence, não adentrou na análise do mérito porque a base do pedido – o art. 39 da Constituição Federal – tivera sua redação alterada pela Emenda Constitucional n.

¹⁸⁴ ADI 1434/SP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 10/11/1999 – Maioria. Pub: DJ de 25/2/2000, p. 49.

¹⁸⁵ Ibid., p. 50.

¹⁸⁶ Ibid., p. 50.

¹⁸⁷ Ibid., p. 50.

¹⁸⁸ Ibid., p. 50.

19, de 1998, o que inviabilizava a incursão, conforme jurisprudência consolidada no Tribunal, firmada no sentido de que o controle abstrato deveria tomar como padrão norma vigente ao tempo do julgamento¹⁸⁹.

O Min. Marco Aurélio, porém, analisou o mérito, apoiado na redação primitiva do art. 39 da Constituição da República, para concluir que a isonomia proposta pelo art. 101 da Constituição do Estado de São Paulo, redigido sob a égide do texto constitucional federal de então, não implicava vício de iniciativa, pois seu transporte para o texto estadual foi realizado dentro do respeito aos preceitos emanados pelo constituinte originário. Assim, vencido, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, demonstrando a possibilidade e a necessidade de ser observar o pano de fundo – as questões de mérito – que circunda a análise formal da reserva de iniciativa na apresentação de projetos de lei.

O voto do Min. Néri da Silveira na ADI n. 1.434/SP deixou claro que a Corte deve decidir na linha de seus precedentes que, para o caso, conduziam ao entendimento de que “não cabe inserir [no corpo da Constituição estadual] norma de tratamento específico de vencimentos de uma determinada categoria, quer seja esse tratamento a ela diretamente dado, quer em forma de equiparação a outra, sob pena de retirar do Poder Executivo a competência privativa da iniciativa da lei”¹⁹⁰.

O Min. Moreira Alves, que votou também com o relator, elucidou o posicionamento do Supremo, definindo que a Constituição estadual, independentemente da iniciativa do Chefe do Poder Executivo, pode regular questões inerentes aos servidores públicos, “quando elas disserem respeito à estrutura mesma do Estado-membro, mas não o pode para estabelecer vencimento, vantagens, equiparações, por não se tratar aí de normas que seriam, como as anteriores, intrinsecamente constitucionais”¹⁹¹.

Por fim, ao dialogar com o Min. Néri da Silveira acerca dos princípios fundamentais, durante o debate que envolveu a análise da ADI n. 1.434/SP, o Min. Moreira Alves afirmou que não avaliava que “qualquer modificação nessas iniciativas exclusivas esteja impedida pelo princípio da separação de poderes no caráter

¹⁸⁹ ADI n. 3, Rel: Min. Moreira Alves, RTJ 142/363; ADI n. 121, Rel: Min. Marco Aurélio, Lex 174/5).

¹⁹⁰ ADI 1434/SP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 10/11/1999 – Maioria. Pub: DJ de 25/2/2000, p. 57.

¹⁹¹ Ibid., p. 59.

absoluto em que este é tomado para ser considerado cláusula pétrea a vedar qualquer proposta de emenda tendente a aboli-lo”¹⁹².

No dia 10/2/2000, foram julgados pelo STF dois recursos extraordinários que tratavam, ambos, de obrigatoriedade de nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos dentro das vagas constantes de edital para ingresso em órgãos públicos. O primeiro deles, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, foi o RE n. 229.450, cujo recorrente foi o Município de Niterói. A ação era originária de mandado de segurança baseado no inciso VII do art. 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assegurava aos classificados em concursos públicos, dentro do número de vagas previsto no edital, o provimento no cargo no prazo máximo de 180 dias, contados da homologação do resultado. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu, por unanimidade, o direito à nomeação dos candidatos impetrantes aprovados para provimento de cargos de fiscal do sistema viário do Município, dentro do número de vagas.

A questão trazida ao Supremo era a constitucionalidade do citado art. 77, inciso II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro em confronto com os arts. 2º; 37, I, II, III e IV; 61, § 1º, II, “c”; e 84, XXV, da Constituição da República. Ao candidato aprovado em concurso público, pela dicção do art. 37, IV, da Constituição Federal, é garantido a observância da ordem de classificação no ato da nomeação e o direito de não ser preterido, durante o prazo de validade do concurso, por candidato habilitado em concurso posterior.

O Min. Maurício Corrêa, relator, mesmo assinalando que o dispositivo atacado tinha um nítido caráter moralizador, observou que o prazo temporal de 180 dias imposto à Administração Pública para a nomeação implicava “violação ao princípio constitucional da independência dos poderes e ao que atribuía ao Presidente da República competência privativa para a instauração do processo legislativo visando ao provimento de cargos públicos”¹⁹³. Assim, ele deu provimento ao extraordinário e cassou a segurança, declarando a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por considerar que “o ato do provimento

¹⁹² ADI 1434/SP – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 10/11/1999 – Maioria. Pub: DJ de 25/2/2000, p. 60.

¹⁹³ RE 229450/RJ – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 10/2/2000 – Maioria, vencidos os Min. Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti e Marco Aurélio. Pub: DJ de 30/8/2001, p. 65.

não está adstrito ao êxito do candidato, mas sim, ao poder discricionário do administrador, que avaliará o momento de sua concretização”¹⁹⁴.

O Min. Néri da Silveira acompanhou o voto do relator, pois entendeu que a conjuntura vivida por um ente público pode desaconselhar o provimento de cargos num determinado período, afirmando que não “pode uma norma, em abstrato, desde logo, limitar a competência de um dos Poderes do Estado de dispor a respeito da conveniência e oportunidade na administração dos negócios do Estado, de seu âmbito de ação”¹⁹⁵.

O Min. Sepúlveda Pertence votou em sentido diverso, entendendo que “ao vincular o Governador ao número de vagas anunciado no edital, o que fez a Constituição Estadual foi antecipar para o momento do edital o juízo discricionário da necessidade do preenchimento dos cargos”¹⁹⁶, o que não afetava a independência dos poderes nem as demais regras constitucionais colocadas em discussão. O Min. Octávio Gallotti, também nessa linha de divergência em relação ao relatório do Min. Maurício Corrêa, quando discorreu sobre o direito à nomeação, afirmou entender que “a Constituição ou a lei estaduais podem limitar a discricionariedade do administrador e estabelecer esse direito, sem ferir nenhum dispositivo da Carta Federal”¹⁹⁷. O Min. Marco Aurélio seguiu, também, essa linha da divergência em relação ao voto do relator, apresentando um voto-vista com as mesmas razões, explicitadas no voto que irá proferir no RE n. 190.264, a seguir discutido, para declarar a constitucionalidade do inciso VII do art. 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O outro recurso extraordinário que discutiu a constitucionalidade do mesmo dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 10/2/2000, foi, como no parágrafo anterior, o RE n. 190.264, cujo relator original foi o Min. Marco Aurélio e o relator para o acórdão foi o Min. Nelson Jobim. Nesse extraordinário, os recorrentes foram o Estado do Rio de Janeiro e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. O Min. Marco Aurélio, em seu relatório, afirmou que o disposto no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, não desqualifica a

¹⁹⁴ RE 229450/RJ – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 10//2/2000 – Maioria, vencidos os Min. Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti e Marco Aurélio. Pub: DJ de 30/8/2001, p. 71.

¹⁹⁵ Ibid., p. 98.

¹⁹⁶ Ibid., p. 94.

¹⁹⁷ Ibid., p. 95.

obrigatoriedade imposta pelo art. 77, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de o Estado ter que dar posse aos candidatos que foram aprovados dentro das vagas durante o período de vigência do concurso, porque o tema concurso público é de estrutura constitucional, “conforme é dado depreender do art. 37, incisos II, III, e IV da Constituição Federal”¹⁹⁸.

Para o Min. Marco Aurélio, a inclusão, na Constituição local, do preceito que dava prazo para a nomeação do candidato aprovado dentro das vagas, tinha um cunho pedagógico, por destacar o princípio da moralidade no trato dos assuntos públicos. O dispositivo apontado, segundo o Min. Marco Aurélio, “revela algo que é ínsito a todo e qualquer concurso público, vinculando o direito dos concursados não só à classificação, como também ao número de vagas anunciado no edital e que serviu de estímulo à inscrição no certame”¹⁹⁹.

O Min. Maurício Corrêa, em sentido contrário, avaliou que dar posse ao servidor aprovado em concurso público é um ato discricionário da Administração Pública, pois “a fundamentação está no fato de que a nomeação é mera expectativa de direito”²⁰⁰. Dessa forma, declarou a inconstitucionalidade do citado art. 77, inciso VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Ao apresentar seu voto neste RE n. 190.264, o Min. Sepúlveda Pertence retoma as mesmas ideias acentuadas no RE n. 229.450, no sentido de que não viu inconstitucionalidade formal em ambos, porque considerou que o assunto concurso público é, no federalismo, matéria elevada à hierarquia constitucional e, portanto, “não se lhe aplica a jurisprudência que entende não poder o constituinte estadual versar sobre matérias atinentes ao regime jurídico dos servidores públicos. [...] A matéria é constitucional, seja por sua natureza, seja porque encontra correspondência no modelo da Constituição Federal”²⁰¹.

O Min. Sepúlveda Pertence não viu ofensa ao princípio da separação de poderes no fato de a Constituição do Estado do Rio de Janeiro obrigar, por imposição do art. 77, inciso VII, a nomeação de candidato classificado dentro do

¹⁹⁸ RE 190264/RJ – Rel: Min. Marco Aurélio – Rel. para o acórdão: Min. Nelson Jobim – J: 10/2/2000 – Maioria, vencidos os Min. Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti. Pub: DJ de 6/6/2003, p. 32.

¹⁹⁹ Ibid., p. 34.

²⁰⁰ Ibid., p. 35.

²⁰¹ Ibid., p. 38.

número de vagas postas em jogo. O que viu foi que “apenas a discricção governamental é antecipada para o momento do edital, quando se dá a fixação das vagas a preencher”. Dessa forma, declarou constitucional o dispositivo atacado pelo RE n. 190.264.

Para fechar a análise desse recurso extraordinário, vem o voto do Min. Moreira Alves, pela inconstitucionalidade, na linha do primeiro voto divergente, do Ministro Nelson Jobim, afirmando que apenas admite “as restrições que a Constituição Federal impõe ao poder de discricionariedade do Poder Executivo, não podendo, assim, o Estado, em sua Constituição ou por lei, impor outras”²⁰².

Em 25/4/2001, veio a julgamento no STF a ADI n. 483/PR, relatada pelo Min. Ilmar Galvão, que tinha por objeto o art. 25 do ADCT da Constituição do Paraná. Tal dispositivo permitia que o servidor público estável que, na data da promulgação da Constituição estadual, estivesse à disposição de órgão diferente daquele de sua lotação de origem, por tempo superior a um ano, pudesse requerer a permanência no órgão em que se encontrava prestando serviço, ainda que de outro Poder, desde que houvesse interesse da Administração Pública.

O Min. Ilmar Galvão, relator, em seu voto, resgatou análise que fez quando relatara a ADI n. 89/MG²⁰³, julgada em 4/2/1993, oportunidade em que ressaltou que “não poderiam as Assembleias Legislativas, no exercício do poder constituinte decorrente, elaborar normas próprias de leis comuns, uma vez que, ao fazê-lo, estariam violando o princípio da colaboração dos demais Poderes, notadamente o Executivo, na feitura das leis, cuja observância lhe é adstrita”²⁰⁴.

Além disso, entendeu o Min. Ilmar Galvão que a norma impugnada violava os arts. 25 e 61, § 1º, II, “a” e “c”, da Constituição da República, uma vez que versava sobre o regime jurídico dos servidores públicos, matéria de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Apontou, também, a existência de inconstitucionalidade material, pois o art. 25 do ADCT da Constituição paranaense ofendia a exigência constitucional de concurso para o provimento de cargos

²⁰² RE 190264/RJ – Rel: Min. Marco Aurélio – Rel. para o acórdão: Min. Nelson Jobim – 10/2/2000 – Maioria, vencidos os Min. Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti. Pub: DJ de 6/6/2003, p. 40.

²⁰³ ADI 89/MG – Rel: Min. Ilmar Galvão – J: 4/2/1993 – Unanimidade. Pub: DJ de 28/8/1993, p. 12.

²⁰⁴ ADI 483/PR – Rel: Min. Ilmar Galvão – J: 25/4/2001 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 29/6/2001, p. 125.

públicos, conforme reza o art. 37, II, do texto constitucional federal, na medida em que possibilitava “a transferência indiscriminada de servidores para carreiras distintas das que integravam, inclusive para outros Poderes”²⁰⁵.

O Min. Marco Aurélio apresentou voto pela constitucionalidade do art. 25 do ADCT da Constituição do Estado do Paraná, fazendo uma distinção entre a atuação do legislador ordinário daquela inerente ao legislador constituinte nos Estados-Membros, no sentido de que os últimos possuíam uma maior autonomia. Ressaltou, ainda, o Min. Marco Aurélio, que a Constituição de 1988 encontrou o quadro de servidores públicos eivado de distorções, principalmente quanto à cessão de servidores. Em face desse desarranjo, “os Estados buscaram sanear a situação, objetivando a segurança jurídica, no tocante quer ao órgão cedente, quer ao órgão cessionário, ou até relativamente à própria vida profissional e familiar do servidor público”²⁰⁶.

Nesse sentido, segundo o Min. Marco Aurélio, o constituinte decorrente paranaense apenas consagrou, com a redação do art. 25 do ADCT, a realidade de uma situação de fato existente, qual seja a existência de servidores prestando serviços, por tempo considerável, em órgãos diversos dos de lotação original e, “sem se cogitar do ingresso em nova carreira, da assunção de um cargo totalmente diferente daquele para o qual fora feito concurso público, previu-se a efetividade na função e no cargo exercido no órgão cessionário”²⁰⁷. Votando vencido – como ocorrera tantas vezes com o Juiz Oliver Wendell Holmes Junior, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (GODOY, 2004, p. 71) –, o Min. Marco Aurélio segue a linha de interpretação que procura aliar as questões de forma com a análise do mérito, na construção da realidade prática, que envolve o conflito.

Com a mesma argumentação condutora do acórdão da ADI n. 483/PR, foi julgada a ADI n. 1.201/RO²⁰⁸, relatada pelo Min. Moreira Alves em 14/11/2002. Na espécie, tratou-se de analisar a constitucionalidade da Lei Complementar n. 109, de 1994, do Estado de Rondônia, cujo projeto de lei foi vetado totalmente pelo Governador do Estado, mas promulgado pela Assembleia Legislativa.

²⁰⁵ ADI 483/PR – Rel: Min. Ilmar Galvão – J: 25/4/2001 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 29/6/2001, p. 126.

²⁰⁶ Ibid., p. 128.

²⁰⁷ Ibid., p. 128.

²⁰⁸ ADI 1201/RO – Rel: Min. Moreira Alves – J: 14/11/2002 – Unânime. Pub: DJ de 19/12/2002, p. 69.

Dentre outras medidas, a lei atacada previa que os servidores estaduais contratados por concurso público ou não, que estivessem em pleno exercício de suas atividades até a data da instituição do regime jurídico único, integrariam os cargos de provimento efetivo do Estado, bem como a seleção para os cargos de provimento temporários seria realizada com participação do sindicato da categoria. O Min. Moreira Alves julgou que miudezas dessa natureza relacionadas ao regime jurídico dos servidores públicos somente poderiam ser discutidas no Parlamento local se apresentadas por meio de uma proposição legislativa originária do Governo do Estado.

Em 12/5/2004, teve início no STF o julgamento da ADI n. 2.873/PI, concluído em 20/9/2007, após adiamento solicitado pela relatora, Min. Ellen Gracie, em 13/5/2004. Em discussão estava o inciso VI do art. 54 da Constituição estadual, que vedava a exigência de limite máximo de idade para prestação do serviço público. A requerida – a Assembleia Legislativa – informou que “durante os trabalhos constituintes não houve qualquer alegação de vício formal ou material quanto ao dispositivo atacado”²⁰⁹. A Min. Ellen Gracie, tanto no seu voto apresentado na primeira assentada, quanto na sua confirmação, registrou, com base em precedentes²¹⁰ do Supremo, que a jurisprudência da Corte era no sentido de que as assembleias legislativas somente poderiam legislar sobre o provimento de cargos públicos mediante motivação do Chefe do Poder Executivo, pois, em respeito ao art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição da República, “a iniciativa de leis que disponham sobre servidores públicos, tanto no âmbito da União quanto [no] dos Estados, é da competência do Poder Executivo”²¹¹.

O Min. Marco Aurélio, que consignou voto divergente, entendeu que o art. 54, inciso VI, da Constituição do Estado do Piauí, ao impor à Administração de pessoal do Estado e dos Municípios a vedação da exigência de limite máximo de idade para prestação de concurso público, nada mais fez que preservar o princípio da legalidade. Disse o Min. Marco Aurélio que “o preceito, ao revelar que a

²⁰⁹ ADI 2873/PI – Rel: Min. Ellen Gracie – J: 20/9/2007 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 9/11/2007, p. 93-94.

²¹⁰ A Ministra Ellen Gracie citou, como precedentes, as decisões tomadas pelo Tribunal na ADI n. 1.165, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 14/6/2002 e na ADI n. 243, Rel. para o acórdão o Min. Marco Aurélio, DJ de 29/11/2002.

²¹¹ ADI 2873/PI – Rel: Min. Ellen Gracie – J: 20/9/2007 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 9/11/2007, p. 107.

Administração Pública, no edital de concurso, não pode inserir limite de idade quanto aos candidatos, excetuada a hipótese de haver lei prevendo esse limite, a meu ver, de início, não conflita com a Carta Política”²¹². Mais à frente na discussão, o Ministro afirmou admitir “que a lei possa prever limite de idade quanto aos candidatos a certo certame, mas não o administrador. Essa foi a premissa”²¹³.

A Min. Cármen Lúcia, no seu voto, considerou que a norma retirada do art. 54, inciso VI, da Constituição do Estado do Piauí é uma norma de reprodução da norma constitucional do art. 39, § 3º, combinado com o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal. O § 3º do art. 39 diz que se aplica aos servidores ocupantes de cargo público o inciso XXX do art. 7º; esse inciso, por sua vez, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade; ora, na composição, “temos uma norma da Constituição da República a proibir que, para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, se inclua o critério de idade. É norma expressa, não há o que discutir”²¹⁴, afirmou a Min. Cármen Lúcia.

A Ministra ponderou, porém, que permaneciam dúvidas de duas ordens. A primeira seria de que, formando o preceito atacado uma norma que repete, mesmo que materialmente, a Constituição da República, ela não poderia ser julgada inconstitucional; a segunda dizia respeito ao entendimento de que a norma é dirigida ao administrador, mas “é nos editais, e não nas leis, que são fixados os critérios de idade, porque uma lei não estabelece critérios para esses cargos [policiais e Forças Armadas], a não ser muito excepcionalmente”²¹⁵. Se ela permanecesse na Constituição estadual, poderia inviabilizar concursos específicos.

Da discussão que se seguiu no Plenário do Supremo, entre os Ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, aflorou a lembrança de que o Tribunal tomara decisões que reconheciam a admissibilidade do limite de idade, com base no princípio da razoabilidade. É razoável, porque necessário, que determinados editais de concursos para cargos públicos específicos estabeleçam limitações de idade, mesmo tendo a Constituição Federal restringido essa hipótese pela aplicação do princípio da igualdade, conformado, para o caso, pela

²¹² ADI 2873/PI – Rel: Min. Ellen Gracie – J: 20/9/2007 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 9/11/2007, p. 99.

²¹³ Ibid., p. 110.

²¹⁴ Ibid., p. 113.

²¹⁵ Ibid., p. 114.

interpretação conjugada dos arts. 5º, *caput*, 39, § 3º; e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal²¹⁶.

Na linha da jurisprudência pacificada no STF, foi julgada, em 27/5/2010, a ADI n. 3.166/SP, que teve como relator o Min. Cezar Peluso. A ação atacava a Lei Estadual n. 10.872, de 2001, de iniciativa do próprio Legislativo estadual, que previa a ilicitude de atos discriminatórios, praticados por servidores públicos, em virtude de sexo, raça ou credo, impondo penas administrativas aos infratores. Como a matéria era concernente a relações de trabalho e a servidores públicos, ela seria de competência privativa da União e de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo, na leitura dos arts. 22, I; 21, XXIV; e 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal. Na redação do acórdão, o Min. Cezar Peluso deu como certo que “é inconstitucional a lei estadual de iniciativa do Legislativo que, sob pretexto de resguardar o princípio da igualdade, prevê ilicitude de atos discriminatórios em virtude de sexo, raça ou credo, praticados no Estado, cominando penas a agentes e a particulares”²¹⁷.

4.5 Limitações referentes à criação de órgãos públicos

A análise da jurisprudência do STF relativa à limitação concernente à criação de ministérios e órgãos da Administração Pública, constante da alínea “e” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição da República é de especial interesse para o tema, pois é comum a apresentação de projetos de lei, de iniciativa parlamentar, que, ao estabelecerem ou aperfeiçoarem políticas públicas, criam, ou autorizam a criação, por exemplo, escolas técnicas e hospitais.

Em 1/2/1996, veio ao Plenário do STF a medida cautelar requerida na ADI n. 1.391/SP, relatada pelo Min. Celso de Mello, que atacava a Lei do Estado de São Paulo n. 9.170, de 1995. Essa Lei, de iniciativa parlamentar, criou um órgão novo na Administração Estadual, o Conselho de Transporte da Região Metropolitana de São Paulo. O projeto de lei vetado pelo Governador, mas o veto foi rejeitado pela Assembleia Legislativa. A fundamentação apresentada pelo requerente para dar suporte a essa ação procurou consubstanciar os principais motivos que conduzem à

²¹⁶ ADI 2873/PI – Rel: Min. Ellen Gracie – J: 20/9/2007 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 9/11/2007, p. 114.

²¹⁷ ADI 3166/SP – Rel: Min. Cezar Peluso – J: 27/5/2010 – Unânime. Pub: DJ de 9/9/2010, p. 252.

necessidade de, ao Chefe do Poder Executivo, ser concedida a iniciativa privativa para desencadear o processo legislativo que tenha por fim a criação ou a extinção de órgãos públicos.

Segundo o Governador do Estado de São Paulo, somente o Chefe do Poder Executivo, como coordenador e responsável pela Administração, tem condições de melhor avaliar a conveniência e a oportunidade da criação de quaisquer órgãos ou entidades públicos, considerando que ele domina, em melhores condições, os fatores técnicos e políticos envolvidos, o escalonamento e a distribuição dos serviços públicos, o planejamento administrativo, os interesses da comunidade, as disponibilidades financeiras do Erário e as efetivas necessidades da Administração²¹⁸.

Na redação do acórdão, referendado por unanimidade, o Min. Celso de Mello afirmou que se insere na esfera privativa do Chefe do Poder Executivo – com base na redação do art. 61, § 1º, II, “e”, combinado com o art. 84, VI, da Constituição Federal – “a disciplina normativa pertinente ao processo de criação, estruturação e definição das atribuições dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública”²¹⁹.

Na mesma linha de garantia das prerrogativas constitucionais do Poder Executivo, o Supremo deferiu, em 9/11/2000, a cautelar requerida na ADI n. 2.239/SP, relatada pelo Min. Ilmar Galvão. Nessa ação, o Governador do Estado, requerente, atacava a Lei n. 10.309, de 1999, de origem parlamentar, que dispunha sobre atribuições dos Conselhos de Escola, órgãos da Administração Pública do Estado. Havia uma questão de fundo, não enfrentada pela Corte, que dizia respeito ao objetivo da Lei, qual seja o de proibir a discriminação, quando da cessão de salas ou dos prédios escolares do Estado, em função de critérios religiosos, políticos, econômicos ou culturais²²⁰.

²¹⁸ ADI 1391 MC/SP – Rel: Min. Celso de Mello – J: 1/2/1996 – Unânime. Pub: DJ de 28/11/1997, p. 172.

²¹⁹ Ibid., p. 174.

²²⁰ No mesmo sentido: ADI 2799 MC/RS – DJ de 21/5/2004, p. 25; ADI 2302/RS – DJ de 24/3/2006, p. 48; ADI 1144/RS – DJ de 8/9/2006, p. 90; ADI 2808/RS – DJ de 17/11/2006, p. 35; ADI 3178/AP – DJ de 2/3/2007, p. 182; ADI 1275/SP – DJ de 8/6/2007, p. 3.

Dentro da jurisprudência consolidada do STF²²¹, relativa à interpretação do art. 61, § 1º, II, “e”, combinado com o art. 84, VI, da Constituição da República, já explicitada, duas decisões merecem ser estudadas com mais vagar. A primeira delas é a retirada do julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 2.295/RS, ocorrido em 29/3/2001, sob a relatoria do Min. Maurício Corrêa. A ação atacava a constitucionalidade da Lei Estadual n. 11.464, de 2000, que impunha alterações na Lei gaúcha n. 10.000, de 1993, obrigando o Poder Executivo a celebrar contratos de locação relativos aos bens da extinta Companhia Riograndense de Laticínios e Correlatos (CORLAC); determinando que o Governo deveria constituir um novo órgão, o Conselho de Acompanhamento das Cooperativas Contratadas, estabelecendo, inclusive, a sua forma de composição; e garantindo às atuais cooperativas de leite do Estado a renovação de seus contratos com o Estado.

A discussão não girou em torno da inconstitucionalidade da Lei n. 11.464, de 2000, que era flagrante, considerada a jurisprudência consolidada do Supremo, em face do art. 61, § 1º, II, alínea “e”, da Constituição Federal, mas sim da dificuldade de conhecer da medida cautelar porque, no dizer do relator, Min. Maurício Corrêa, havia “controvertida matéria de fato que estaria a exigir primeiramente o seu deslinde”²²². Apesar desse posicionamento, a maioria do Pleno decidiu por deferir a liminar para fazer a análise do mérito quando do julgamento da ADI n. 2.295/RS, o que não ocorreu até encerramento da presente pesquisa.

Para este trabalho, o que chama a atenção na investigação dos pormenores dessa ação direta – e aqui está o ponto – é o fato de o Poder Executivo Estadual ter cumprido os ditames de uma lei autorizativa. A Lei que foi alterada, Lei Estadual n. 10.000, de 1993, originária da Assembleia Legislativa, autorizava o Poder Executivo a promover a extinção da CORLAC. Embora fazendo nítida referência a enunciado autorizativo, ela teve sua execução determinada pelo Governo gaúcho,

²²¹ Dentre os acórdãos que consolidam a jurisprudência, cito: ADI 2417 MC, 18/4/2001, Corrêa, DJ 18/5/2001; ADI 1391, 9/5/2002, Pertence, DJ 7/6/2002; ADI 2654 MC, 26/6/2002, Pertence, DJ 23/8/2002; ADI 102, 8/8/2002, Corrêa, DJ 29/11/2002; ADI 2405 MC, 6/11/2002, Britto, DJ 17/2/2006.

²²² ADI 2295 MC/RS – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 29/3/2001 – Maioria – Vencidos os Min. Maurício Corrêa (relator), Ellen Gracie, Nelson Jobim e Ilmar Galvão. Pub: DJ de 29/8/2003, p. 400.

transformando-se, desta forma, numa legislação de “caráter impositivo”²²³, conforme salientou o Min. Maurício Corrêa no seu relatório.

O fato é que um projeto de lei autorizativo, sem força coercitiva, pois caberia ao Poder Executivo a iniciativa de extinguir órgãos da administração pública (art. 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal), foi acolhido pelo Governo, numa decisão política, que regulamentou a nova lei com os detalhes da extinção da CORLAC. Como ninguém questionou a constitucionalidade da Lei n. 10.000, de 1993, o processo de extinção estava sendo cumprido até que, com a edição da Lei n. 11.464, de 2000, também de iniciativa parlamentar, o Governo do Estado se insurgiu contra o novo diploma e ajuizou a ADI n. 2.295/RS.

A segunda ação destacada para estudo é a do julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 2.472/RS, relatada, também, pelo Min. Maurício Corrêa, em 13/3/2002. A ação, requerida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, atacava a Lei Estadual n. 11.601, de 2001, que regulava a publicidade dos atos e obras realizados pelo Poder Executivo. Na inicial, o requerente afirmou que a citada lei destinava-se a disciplinar as atividades da Secretaria de Comunicação Social do Governo, padecendo, portanto, de inconstitucionalidade, por ferir o art. 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal.

O Min. Maurício Corrêa, relator, assentou no seu voto, aprovado à unanimidade, que entendia não ser inconstitucional a Lei n. 11.601, de 2001, disciplinadora de atos e publicidade do Estado, uma vez que não versava “sobre criação, estruturação e atribuições da Administração Pública”²²⁴. Ele considerou que o art. 1º do citado diploma reproduzia, de forma simples, o teor do art. 37, § 1º, da Constituição Federal e, portanto, nada tinha de inconstitucional. Não obstante, avaliou que alguns dispositivos do texto legal mereceriam ter sua eficácia suspensa. E aqui, o Tribunal entra no mérito, mas sempre com base no texto da Constituição da República, para avaliar a conformidade dos dispositivos da Lei atacada em face dos princípios e normas da Lei Maior.

²²³ ADI 2295 MC/RS – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 29/3/2001 – Maioria – Vencidos os Min. Maurício Corrêa (relator), Ellen Gracie, Nelson Jobim e Ilmar Galvão. Pub: DJ de 29/8/2003, p. 405.

²²⁴ ADI 2472 MC/RS – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 13/3/2002 – Unânime na parte em que deferida a liminar e, por maioria, na outra parte, vencido o Min. Marco Aurélio, que defendia a suspensão da lei como um todo. Pub: DJ de 3/5/2002, p. 81.

A permanência do dispositivo da lei atacada, que proibia toda e qualquer publicação que pudesse constituir propaganda direta ou subliminar de atividades ou propósito do Governo (§ 2º do art. 1º), foi julgada inconstitucional porque “poderia gerar perplexidade na sua aplicação prática, tendo em vista a dificuldade para se estabelecer a correta distinção entre o que é propaganda direta e subliminar de atividades e propósitos do Governo e o que não é”²²⁵. Essa circunstância poderia causar dificuldades ao dever constitucional de o Estado informar e prestar contas, o que estaria em desacordo com o § 1º do art. 37 do texto constitucional federal.

A cláusula que determinava que o custo da publicidade veiculada constasse dos comunicados oficiais, prevista no art. 2º da Lei atacada, foi considerada inconstitucional, por ofender o princípio da economicidade, citado no acórdão como constante do caput do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que foi entendida pelo Pleno como sendo uma exigência desproporcional e desarrazoada, levando-se em conta os exageros dos objetivos visados, “sobretudo porque apenas obriga um dos Poderes, nada disciplinando a respeito dos outros”²²⁶.

Por fim, o STF, no acórdão relativo à cautelar requerida na ADI n. 2.472/RS, decidiu pela suspensão do dispositivo da Lei do Estado do Rio Grande do Sul n. 11.601, de 2001, que impunha ao Executivo realizar prestação trimestral de contas à Assembleia Legislativa, por notória desconformidade com o parâmetro federal, veiculado pelo art. 84, inciso XXIV, da Carta Política, que prevê prestação anual de contas do Presidente da República ao Congresso Nacional. Então, mais uma vez, o que se tem na fundamentação desta decisão é a busca de argumentações que interpretam o mérito para fundamentar a inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

4.6 Limitações referentes à apresentação de emendas parlamentares

No que tange à possibilidade de o Parlamento emendar projetos de iniciativa privativa do Poder Executivo, de início, após a aprovação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal não tinha uma posição fechada quanto à interpretação do art. 61, § 1º, inciso II, combinado com o art. 63 do novo texto constitucional. Em

²²⁵ ADI 2472 MC/RS – Rel: Min. Maurício Corrêa – J: 13/3/2002 – Unânime na parte em que deferida a liminar e, por maioria, na outra parte, vencido o Min. Marco Aurélio, que defendia a suspensão da lei como um todo. Pub: DJ de 3/5/2002, p. 92.

²²⁶ Ibid., p. 95.

7/6/1989, no julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 56/PB, o Min. Célio Borja, relator, registrou no acórdão, aprovado por unanimidade, que o Governador do Estado da Paraíba não indicou “na petição qual dispositivo da Constituição que torna obrigatória para os Estados a observância das normas dos seus arts. 61, § 1º, II, “a” e “b” e 63, I”²²⁷. A liminar foi, então, indeferida, porque a nova Constituição não possuía as numerosas regras de simetria existentes na Carta de 1967, na redação de sua Emenda n. 1, de 1969. A análise da questão de fundo, da constitucionalidade ou não da emenda aposta pela Assembleia ao Projeto de Lei oriundo do Executivo, foi postergada.

Em 23/10/1990, veio a julgamento na Segunda Turma do STF o RE n. 120.331, relatado também pelo Min. Célio Borja. Tratava-se, na origem, de um mandado de segurança preventivo, impetrado por três tabeliães de ofícios de protesto de títulos em Fortaleza, Ceará, com o objetivo de impedir o cumprimento, com alegação de inconstitucionalidade, de artigo da Lei Estadual n. 11.203, de 1986, - aposto mediante emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa privativa do Tribunal de Justiça – que atribuía também a outros dois tabelionatos as funções de ofício de protesto de títulos, até então privativas dos requerentes.

Na discussão do tema, o Min. Célio Borja, anuindo, transcreveu entendimento do Procurador-Geral da República de que “ter iniciativa de lei, mesmo com exclusividade, não é legislar, mas apenas provocar o exercício da atividade legislativa pelo Poder competente”²²⁸. Dessa forma, após longa análise, considerou válida a emenda parlamentar que não importava aumento de despesa e não continha matéria estranha à proposta original, no que foi acompanhado pela maioria da Turma.

A primeira imposição – não conter aumento de despesa –, à época do ajuizamento da causa, estava contida no parágrafo único do art. 57 da Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969; a segunda – a pertinência entre o projeto e suas emendas – era “imperativo de técnica legislativa e tem a ver com a necessidade de facilitar a todos o conhecimento das leis. Por isso mesmo, os regimentos dos corpos legislativos costumam proibir as emendas

²²⁷ ADI 56 MC/PB – Rel: Min. Célio Borja – J: 7/6/1989 – Unânime – Pub: DJ de 4/8/1989, p. 23.

²²⁸ RE 120331/CE – Rel: Min. Celio Borja – J: 23/10/1990 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 14/10/1990, p. 224.

impertinentes”²²⁹. Com essas duas premissas, o Supremo ia consolidando sua jurisprudência para considerar válida, em projetos de iniciativa privativa de outro Poder, a emenda parlamentar que não importasse aumento de despesa e não contivesse matéria estranha à proposta encaminhada ao Parlamento²³⁰.

Firmada essa jurisprudência²³¹, a interpretação do STF vai evoluir a partir do julgamento da medida cautelar requerida na ADI n. 1.835/SC, ocorrido em 13/8/1998, cujo relator foi o Min. Sepúlveda Pertence. Na ação, o Governador do Estado de Santa Catarina propõe seja considerado inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar Estadual n. 164, de 1998, por contrariedade aos arts. 2º; 96, II, b; e 169, da Constituição da República. Esse parágrafo único, originário de emenda aditiva parlamentar a projeto de iniciativa privativa do Poder Judiciário, estendeu a duas categorias – os inativos e os servidores do foro extrajudiciais – o reajuste de 10,3% concedido no projeto de lei aos servidores ativos da Justiça Estadual. Em relação à extensão do benefício aos servidores extrajudiciais, a Maioria do Pleno houve por bem acolher a liminar, pois considerou que a inclusão destes servidores no texto da Lei, por emenda de parlamentar, acarretaria um aumento de despesa para o Erário, que incidiria numa inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, a despeito de o Min. Marco Aurélio ter invocado o princípio isonômico para justificar esse aumento de gastos.

Quanto aos servidores inativos – e aqui está o ponto –, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu, no que foi acompanhado à unanimidade, que nada havia de inconstitucional a extensão do reajuste, pois esta decorria de preceito contido na própria Constituição da República, a saber, o art. 40, § 4º, que, na redação da época²³², previa a revisão dos proventos da aposentadoria na mesma proporção e

²²⁹ RE 120331/CE – Rel: Min. Celio Borja – J: 23/10/1990 – Maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Pub: DJ de 14/10/1990, p. 247.

²³⁰ A restrição relativa à pertinência entre a emenda parlamentar e o projeto de lei de iniciativa privativa originário do Executivo ou do Judiciário encontra-se consolidada no STF: RE 120.331, 23/10/1993, Borja, Lex 145/208; ADI 574, 3/6/1993, Galvão, RTJ 152/43, Lex 185/136; ADI 865 MC, 7/10/1993; Celso, RTJ 157/465, Lex 188/17; ADI 645, 11/11/1996, Galvão, DJ 13/12/96; RE 191191, 12/12/1997, Velloso, DJ 20/2/1998; ADI 1834 MC, 8/6/1998, Corrêa, DJ 17/10/2003.

²³¹ Acórdãos no mesmo sentido, dentre outros: ADI 744 MC, 7/10/1992, Celso, DJ 5/8/1994; ADI 805 MC, 26/11/1992, Celso, DJ 17/2/2006; RE 140542, 30/9/1993, Galvão, DJ 25/10/1996; ADI 973 MC, 17/12/1993, Celso, DJ 19/12/2006; ADI 1050 MC, 21/9/1994, Celso, DJ 23/4/2004; ADI 1070 MC, 23/11/1994, Celso, DJ 15/9/1995; ADI 774, 10/12/1998, Pertence, DJ 26/2/1999; ADI 2079 MC, 16/12/1999, Corrêa, DJ 31/3/2000; ADI 805, 17/12/1998, Pertence, DJ 12/3/1999.

²³² Esse dispositivo foi modificado pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998, e pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005.

na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade.

Disse o Min. Pertence, no seu relatório, que não se pode admitir a inconstitucionalidade com base em regras de iniciativa legislativa reservada ou outras limitações do Poder Legislativo quando se está diante de “preceitos legais que se limitam à reprodução literal ou substancial de normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata à hipótese cogitada”²³³. A argumentação do Min. Sepúlveda Pertence, já pacificada no Supremo, denota e reforça a possibilidade de análise mais flexível da inconstitucionalidade por vício de iniciativa quanto há outro preceito constitucional que dá suporte à tese da constitucionalidade.

4.7 Considerações parciais

A análise feita nesse capítulo evidenciou, no primeiro momento, que quaisquer dos métodos de interpretação constitucional – jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual ou normativo-estruturante – podem ser empregados para a tarefa de integração da norma jurídica aplicável ao caso concreto. As condicionantes para que tal emprego seja entendido como dotado de uma interpretação procedente e, portanto, respeitado e legitimado pelo mundo jurídico, têm suporte em dois pontos. O primeiro deles é que tenha sido fundamentado dentro do devido processo legal, tanto formal quanto material; o segundo, que as suas conclusões tenham sido aceitas como verdadeiras pela consciência jurídica geral.

Na sequência, foi estudada com mais profundidade a teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller – que pode ser enquadrada dentro do método de interpretação constitucional normativo-estruturante –, pois ela bem se coaduna com a proposta de que, no campo do direito, não há uma única resposta correta para determinada situação peculiar, mas a solução que emerge como aplicável é aquela que é sustentável pela argumentação. Essa teoria é também valiosa porque considera que a concretização da norma deve estar vinculada ao Estado

²³³ ADI 1835 MC/SC – Rel: Min. Sepúlveda Pertence – J: 13/8/1998 – Maioria, vencidos o relator e o Min. Marco Aurélio, que indeferiam toda a cautelar. Pub: DJ de 4/2/2000, p. 54.

Democrático de Direito, o que, em certa medida, afiança que os dispositivos constantes do texto da norma permanecem como um ponto seguro de orientação.

Esses pontos de apoio da teoria estruturante do direito e a defesa que faz do liame inseparável entre o programa da norma e a realidade, na integração que propõe da norma jurídica aplicável ao caso concreto, se encaixam perfeitamente no processo legislativo de instrução dos projetos de lei decididos pelos colegiados dos Paramentos. Ao analisar cada caso valorizando o relevo que tem a situação real que o cerca, a teoria estruturante do direito, defrontando-se com a reserva de iniciativa legislativa conferida ao Presidente da República, apresenta saídas distintas daquelas defendidas pela tradição positivista, o que facilita a cooperação entre o Governo e o Parlamento, na medida em que permite que os parlamentares possam influenciar de modo mais efetivo a consecução das políticas públicas.

A pesquisa realizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que buscou as decisões tomadas pela Corte sobre a reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo nos últimos 24 anos – período de 5/10/1988 a 5/10/2012 – revelou diversos traços da jurisprudência dominante, bem como algumas nuances que podem conduzir a aperfeiçoamentos na tramitação de projetos de lei nas Casas Legislativas, facilitando, muitas das vezes, o planejamento da implementação de políticas públicas no Brasil.

Já de início, ao investigar a aplicação pelo STF do princípio da harmonia e independência dos poderes e do princípio da simetria, verifico que o Tribunal externa a inteligência de que as limitações impostas pela Constituição da República taxadas como reserva de iniciativa legislativa concedida ao Poder Executivo, que é o tema deste estudo, constituem matéria de direito estrito, não passível, portanto, de ser presumida ou de comportar ampliações na sua interpretação. Outrossim, a jurisprudência da Corte está consolidada no sentido de interpretar que um desrespeito a dispositivo constitucional que garanta a um Poder uma reserva de iniciativa legislativa é uma afronta ao princípio da harmonia e independência dos poderes.

Outro ponto que, nos primeiros votos pós-Constituição de 1988, o Supremo esclarece é, no mérito, a justificativa para a prioridade que é dada ao Poder Executivo para iniciar os projetos de lei que dizem respeito ao Orçamento (PPA,

LDO e LOA) e as matérias que tratam da Administração, principalmente as ligadas ao aumento das despesas públicas. O argumento admitido pelo STF para que determinadas iniciativas legislativas sejam centralizadas na mão do Chefe do Poder Executivo é o de que – além de o tema requerer unidade e coerência para a formulação de políticas de planejamento financeiro e de programação orçamentária – esse Poder detém, em melhores condições, o conhecimento sobre a realidade sobre a qual os planos serão postos em execução.

Não considero que esta avaliação do Supremo esteja bem estaiada na prática do dia a dia do Congresso Nacional que, tendo o Tribunal de Contas da União como órgão auxiliar, a experiência política de parlamentares sempre ligados às suas bases e o conhecimento técnico das assessorias especializadas de ambas as Casas em matérias de implementação de políticas públicas, pode muito bem, se criada a necessidade, participar da formulação de políticas públicas de qualidade para as diversas regiões do país.

Assim, para valorizar a função precípua do Poder Legislativo, reitero que um novo e possível caminho a ser adotado pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados seria o encaminhamento dos projetos de lei de iniciativa parlamentar para análise da Comissão Mista de Planos, Orçamentos e Obras Públicas do Congresso Nacional (CMO), quando essas matérias fossem aprovadas pelas Comissões de Mérito, mas julgadas formalmente inconstitucionais pelas Comissões de Constituição e Justiça de ambas as Casas, por incidirem em iniciativa reservada a outro Poder. Caso aprovados na CMO, poderiam ser adotados como emendas às propostas de lei orçamentárias – LOA, LDO ou PPA, conforme a natureza da política pública e de seu estágio de implementação –, o que lhes deixaria a salvo das amarras impostas pelos arts. 61, § 1º, e 63, inciso I, da Constituição Federal.

Com relação à criação de cargos públicos e ao aumento de remuneração, o STF tem jurisprudência consolidada que aplica, sem moessa de vulto, a reserva concedida ao Chefe do Poder Executivo para iniciar, privativamente, o processo legislativo das leis que digam respeito à criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração ou ao aumento de sua remuneração, respeitando a dicção do art. 61, § 1º, II, “a”, da Carta Política. Esse mesmo entendimento, o Supremo utiliza para todas as limitações impostas pelo § 1º do art. 61 do texto

constitucional, com a ressalva de que essas hipóteses devem ser consideradas em *numerus clausus*, um rol fechado, que não pode ser ampliado porque limitador da função basilar do Poder Legislativo. A reserva de iniciativa, repito, não se presume.

É bom destacar também que as discussões travadas entre os ministros da Corte e alguns votos vencidos, do Min. Marco Aurélio, principalmente, e do Min. Moreira Alves, apontam para a possibilidade de os temas de fundo – o mérito da questão – poder influenciar nas decisões sobre a inconstitucionalidade de matérias dessa natureza. Como mostrado pela pesquisa, o suporte utilizado para as discussões de substância – quando se faz prudente analisar com temperamentos os dispositivos da Constituição que prescrevem a reserva de iniciativa legislativa – é, na totalidade dos casos, desenvolvido com o amparo de princípios e regras identificados no próprio texto constitucional. Além disso, a jurisprudência do STF acerca da reserva de iniciativa legislativa tem mostrado que a limitação do poder de legislar pode ser mitigada quando o conteúdo da emenda ou do projeto de lei apresentados por parlamentar ou por Comissão de uma das Casas adviria da aplicação direta de norma da Constituição.

Outro ponto a destacar é o relativo aos projetos de lei chamados de autorizativos. Tais projetos tomam corpo, como explicado, quando – numa tentativa de escapar da limitação imposta pela reserva de iniciativa constitucional – o parlamentar apresenta uma propositura, na forma de uma autorização, que determina algo a outro Poder, que já detém competência para realizá-lo. Como mostrou a pesquisa, na jurisprudência do STF, as leis, autorizativas ou não, se ferirem os dispositivos constitucionais da iniciativa reservada, são impugnadas. Não obstante, a pesquisa mostrou que, apesar de não possuir força coercitiva, o projeto de lei autorizativo – que no seu âmago carrega um vício de iniciativa –, uma vez aprovado pelo Parlamento e sancionado pelo Poder Executivo, se colocado por este em execução, depois de regulamentado ou não, passa a ter caráter impositivo. É certo, todavia, que como há um vício formal na origem de sua criação, a Lei em vigor poderá ser levada à análise do Poder Judiciário.

No que tange à restrição relativa à apresentação de emendas, regulada pelo art. 63, inciso I, da Constituição da República, o STF também esclarece, em suas decisões, que pode sim ocorrer aumento de despesas por emenda parlamentar a

projeto de lei iniciado pelo Poder Executivo, desde que a matéria tratada não seja de iniciativa exclusiva daquele Poder. Não fosse assim, a missão do Parlamento de legislar ficaria tolhida de uma forma inaceitável.

A consulta feita aos acórdãos do STF relativos às causas que questionam a constitucionalidade em face da iniciativa legislativa reservada do Poder Executivo deixa patente a dificuldade de realizar a análise de forma sem adentrar no mérito, no conteúdo do tema em conflito. Pelo que pode perceber, a tendência da jurisprudência do Tribunal, ainda firme na defesa do princípio da separação de poderes, caminha na direção da análise entrelaçada, da forma com o mérito, e do temperamento quando a limitação imposta ao Poder Legislativo atinge direitos valorizados ou exigidos pela maior parte da coletividade. Além disso, é bom frisar entendimento do Min. Moreira Alves, durante análise da ADI n. 1.434/SP, segundo o qual o princípio da separação de poderes não impede que sejam realizadas modificações nos dispositivos constitucionais que encerram as reservas de iniciativa do Poder Executivo, pois elas não são consideradas cláusulas pétreas a vedar qualquer proposta de mudança.

Por fim, cabe registrar que, das 443 ações colhidas por esta investigação, dentro dos parâmetros limitadores constantes do projeto de pesquisa, não foi encontrada uma sequer que tenha questionado vício de iniciativa de matéria aprovada pelo Congresso Nacional. Os motivos, conforme explicitado no capítulo anterior, estão diretamente ligados ao procedimento político que envolve a relação adotada pelos membros dos Poderes Executivo e Legislativo na pós-redemocratização de 1988 e, principalmente, à atuação dos detentores invisíveis do poder na atividade *interna corporis* do Congresso Nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como arremate dessa investigação, que teve por escopo analisar os aspectos que envolvem a reserva de iniciativa legislativa conferida ao Presidente da República pelo § 1º do art. 61 da Constituição de 1988, a fim de verificar as consequências dessa limitação constitucional para o desempenho das atribuições de deputados, senadores e das Comissões temáticas das duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, avalio como conveniente destacar os pontos que a pesquisa apontou como sendo os mais relevantes.

Para discutir um pouco mais a fundo as nuances da reserva de iniciativa legislativa concedida ao Poder Executivo, este trabalho apartou-se um pouco dos sentidos orgânico e funcional-formal do termo poder social para fixar sua análise no sentido funcional-material da expressão, ou seja, no poder político como atividade desenvolvida por pessoas ou órgãos com finalidade política. Tal enfoque possibilitou que viesse mais à tona determinadas nuances que pouco são comentadas nas análises contemporâneas.

De pronto, a pesquisa evidenciou que a influência que atuou para manter a reserva de iniciativa legislativa concedida ao Presidente da República no texto constitucional de 1988 – o trabalho desenvolvido por políticos e servidores do Poder Executivo no seio do Congresso Nacional – é a mesma que ainda hoje atua para proteger o texto de qualquer interpretação julgada prejudicial aos planos do Executivo. Das mais de 400 ações julgadas pelo STF e colhidas por esta investigação, dentro dos parâmetros previamente estabelecidos pelo projeto de pesquisa, nenhuma delas foi originária de matérias que tramitaram no Congresso Nacional; todas foram aprovadas pelos Legislativos Estaduais. Isso porque é forte a influência do Poder Executivo Federal na atividade *interna corporis* do Parlamento, seja pela atuação das Lideranças do Governo nas duas Casas Legislativas e no Congresso Nacional, seja pela ação das Lideranças dos Partidos Políticos que apoiam o programa político do Governo.

A hipótese de pesquisa foi confirmada, pois o estudo constatou que a reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo impõe limitações de vulto ao Congresso Nacional, na medida em que se mostra como um óbice relevante para a admissão de políticas públicas propostas por parlamentares ou por Comissões das duas Casas Legislativas. Restou evidente que o planejamento e a implementação de uma política pública, que por definição é um programa de ação governamental, têm a participação direta ou indireta de servidores públicos lotados em órgãos da Administração do Estado. Essa comprovação é o ponto nevrálgico a desencadear interpretações ampliativas dos preceitos constitucionais reguladores da reserva de iniciativa legislativa do Presidente da República, quando elas entendem que, por ser o chefe do Poder Executivo o detentor da função de administração estatal, somente a ele caberia iniciar qualquer matéria legislativa que, de qualquer forma, modificasse ou alargasse as atribuições dos servidores públicos.

O estudo mostrou que uma interpretação extensiva dos preceitos constitucionais contidos nas letras “c”, que trata do regime jurídico dos servidores públicos, e “e”, que versa sobre a criação ou extinção de órgãos da Administração Pública, tem tomado conta das discussões, fato esse que é retratado pelos relatórios e pareceres das Comissões das duas Casas Legislativas. Tal interpretação desconsidera que a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, suprimiu a proibição de o Legislativo iniciar a tramitação de projetos de lei que discorram sobre a estruturação ou as atribuições dos órgãos da Administração, o que, na maioria dos casos, permitiria a análise do mérito das matérias, sem a necessidade de uma nova alteração do texto constitucional.

Além disso, restou claro, em entendimento pacificado pelo STF, que as limitações impostas pela Constituição Federal ao Poder Legislativo em função da reserva de iniciativa exclusiva do Poder Executivo são matéria de direito estrito, não passíveis de serem presumidas ou de comportarem ampliações em suas interpretações. A evolução jurisprudencial do STF em relação à iniciativa legislativa reservada deixa patente a dificuldade de se realizar a análise da forma sem adentrar no exame do mérito, no conteúdo da matéria em conflito. Apesar de tal jurisprudência ainda estar estaiada na defesa do princípio da separação de poderes, o estudo mostrou que ela tende na direção de uma análise entrelaçada entre a forma e o mérito, bem como do temperamento quando a limitação imposta ao

Parlamento atinge direitos reclamados por parcela considerável da população. E, mais, a pesquisa à jurisprudência do STF tornou evidente que as restrições firmadas pela reserva de iniciativa legislativa exclusiva do Poder Executivo podem ser mitigadas quando o conteúdo do projeto de lei apresentado por parlamentar advém de aplicação direta de norma da Constituição Federal.

Na pesquisa, a primeira proposta visualizada para minimizar os efeitos do problema é modificar a forma reinante de interpretar os preceitos do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, considerando a evolução trazida pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, e, principalmente, tendo por fundamentação o que preceitua a teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller. Essa teoria, quando estabelece um vínculo inseparável entre o programa da norma e a realidade que cerca o caso concreto, o âmbito da norma, permite uma integração da norma jurídica aplicável ao caso concreto de uma forma que se insere como muito mais apropriada no processo legislativo de instrução dos projetos de lei discutidos pelas Comissões e pelos Plenários das Casas Legislativas.

A investigação mostrou que, sob o enfoque da reserva de iniciativa legislativa concedida pela Constituição Federal ao Chefe do Poder Executivo, são conflitantes as atribuições de chefe de Governo e de chefe da Administração desempenhadas simultaneamente pelo Presidente da República. A função de chefia de Governo encerra o exercício de atividade político-partidária, com as responsabilidades inerentes ao cargo em face do eleitorado; a função de chefe da Administração, por outro lado, necessita ser revestida de características de imparcialidade e de impessoalidade na aplicação do ordenamento jurídico. Nesse quadro, a interpretação estruturante, quando concretiza a norma jurídica aplicável ao caso considerando a interdependência existente entre os preceitos legais, que compõem o programa da norma, e a situação real que circunda o caso concreto, apresentará soluções que, afastando-se da análise do positivismo tradicional, fechado numa pureza inexistente, facilitarão a cooperação entre o Parlamento e o Governo.

Ao facilitar a distinção, por exemplo, entre o que está no âmbito da função de governo e o que está na esfera da função administrativa do Presidente da República, o emprego da teoria estruturante do direito permitirá que os parlamentares possam influir de modo mais efetivo na implementação de políticas

públicas no país, o que credencia esta teoria como importante ferramenta de trabalho no âmbito do processo legislativo. Quando manifesto que, na concretização de uma norma jurídica aplicável à análise da constitucionalidade e da juridicidade de um projeto de lei, a função política preponderante em relação ao seu mérito é a governamental – que normalmente carrega viés político-partidário –, ou seja, não é a administrativa, nada mais justo que os parlamentares possam iniciar o processo legislativo sem restrições, uma vez que o Parlamento é a casa política por excelência.

A segunda proposta oferecida por este estudo para mitigar os efeitos negativos proporcionados ao Poder Legislativo pela reserva de iniciativa legislativa do Presidente da República diz respeito à possibilidade concedida pela ressalva do inciso I do art. 63 da Constituição Federal, que permite aos parlamentares e às Comissões das duas Casas apresentarem emendas ao projeto de lei do orçamento anual, desde que, em linhas gerais, sejam compatíveis com o PPA e com a LDO ou indiquem os recursos necessários ou, ainda, sejam relacionadas com os dispositivos do texto do projeto de lei, conforme a dicção do § 3º do art. 166 do texto constitucional. Como, dentro desses critérios, os membros do Parlamento podem emendar a peça orçamentária, este trabalho propõe que os projetos de lei de iniciativa de deputado federal, de senador ou de comissão de qualquer das Casas Legislativas – que tenham sido aprovados por Comissões de Mérito, porém considerados formalmente inconstitucionais por uma das Comissões de Constituição e Justiça, por recaírem em vício de iniciativa reservada ao Executivo – sejam encaminhados, desde que requerido por um dos colegiados, à análise da Comissão de Planos, Orçamentos e Obras Públicas do Congresso Nacional (CMO). Caso recebam parecer favorável da CMO, eles poderiam ser recepcionados como emendas às propostas de lei orçamentária – PPA, LDO ou LOA – o que lhes deixaria a salvo das limitações postas pelo § 1º do art. 61 e pelo inciso I do art. 63 da Constituição Federal e, permitiria, assim, que políticas públicas originárias do Parlamento pudessem ser implementadas no país.

Uma terceira saída apontada pela pesquisa para que o Congresso Nacional dê uma resposta política aos anseios da sociedade no tocante ao estabelecimento de políticas públicas necessárias à população é o emprego do instituto da Indicação, mecanismo por meio do qual uma das Casas Legislativas sugere a outro Poder o

envio de projeto de lei sobre matéria de sua iniciativa exclusiva. Com isso, um projeto de lei originário de deputado federal ou de senador, que incidisse nalgum vício de iniciativa capitulado pelas restrições do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, não precisaria ser de pronto arquivado. Ele poderia ter o seu mérito discutido e, depois de avaliado como essencial e exequível pelo Parlamento, daria origem à proposição legislativa denominada Indicação, que seria encaminhada ao chefe do Poder Executivo para que este, caso julgasse necessário e oportuno, utilizasse a sua prerrogativa de iniciar o processo legislativo.

Por derradeiro, a investigação mostrou que o caminho que responde à limitação imposta pela reserva de iniciativa legislativa por intermédio do emprego de projetos de lei autorizativos é inócuo e deve ser descartado. Por outro lado, a pesquisa identificou a possibilidade, essa sim, palpável, de que o texto constitucional seja alterado para esclarecer como factível a possibilidade de o Parlamento poder propor políticas públicas, desde que não interfira, de modo preponderante, na função administrativa desempenhada pelo chefe do Poder Executivo. O entendimento de que os dispositivos do § 1º do art. 61 do texto constitucional estariam sob proteção da cláusula pétrea inscrita no inciso III do § 4º do art. 60 da Constituição não é verdadeiro. A pesquisa demonstrou que, não por acaso, os preceitos constantes das letras “c” e “e” do citado § 1º do art. 61 já foram alterados pelo constituinte derivado.

No limite, é possível, inclusive, suprimir de todo o texto constitucional os dispositivos que concedem iniciativa reservada a outros Poderes ou instituições da República, em detrimento da função precípua do Poder Legislativo de dispor sobre todas as matérias de competência da União. Essa é, então, a proposta que deixo em aberto para futuros estudos: a supressão de todos os dispositivos constitucionais que limitam a iniciativa legislativa plena do Parlamento!

6 REFERÊNCIAS

6.1 Referências doutrinárias

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Boston (USA), v. 113, n. 3, p. 642-729, jan. 2000.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al; Coord. Trad. João Ferreira; Rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro P. Cacaís. 13. ed. v. 2. Brasília: Editora UnB, 2009.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica**. Trad. Pedro Bravo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1966.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de Politique Constitutionnelle**. Introduction e notes par Edouard Laboulaye. 2. ed. Paris: Guillaumin, 1872.

COSTA PORTO, Walter. **Constituições brasileiras: 1937**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

_____. **Constituições brasileiras: 1967 – Vol. VIa**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALLEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Trad. de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Filosofia nos Estados Unidos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D’Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

KELLY, J. M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. Trad. de Luis Legaz Lacambra. Mexico: Ed. Nacional, 1959.

_____. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Estudio preliminar de Guillermo Gasio. Trad. de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago&London: The University of Chicago Press, 1957.

_____. **Teoría de la Constitución**. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 6. t. 2. São Paulo: Saraiva, 1991.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As novas tendências do direito constitucional**. Trad. de Cândido Mota Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Arthur Maciel. Novo código florestal à luz da dinâmica do Estado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 195, jul./set. 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O novo paradigma do direito – introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. de Ana Paula Barbosa-Fohrmann, Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mito dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. RIO DE JANEIRO: Irmãos Pongetti, 1938.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución**. Trad. de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora USP, 1977.

TORRES, João Carlos Brum. **Figuras do Estado Moderno**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

TREVELYAN, George McCaulay. **Historia social de Inglaterra**. Trad. espanhola de Adolfo Alvarez-Buylla. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1946.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociologia comprehensiva**. Trad. espanhola de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.

_____. A política como vocação. In: **Ensaio de sociologia**. Trad. de Waltensir Dutra. Rev. Tec. de Fernando Henrique Cardoso. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Marcos G. Montagnoli. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

6.2 Referências normativas

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 74/2013 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislação>>. Acesso em 18 ago. 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 mai. 2000. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislação>>. Acesso em 9 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011 e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 10 ago. 2010. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislação>>. Acesso em 19 fev. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **Regimento Comum do Congresso Nacional**. Resolução nº 1, de 1970-CN. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em 10 ago. 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em 15 jul. 2012.

BRASIL. Congresso Nacional Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Resolução nº 17, de 1989. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em <www.camara.leg.br>. Acesso em 5 abr. 2012.

6.3 Referências jurisprudenciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 56 MC/PB. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 4 ago. 1989. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 15 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 120.331/CE. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 14 out. 1990. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 15 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 290 MC/SC. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 3 abr. 1992. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 19 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 668 MC/AL. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 19 jun. 1992. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 19 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 822 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 12 mar. 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 4 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 216 MC/PB. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 7 mai. 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 20 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 89/MG. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 28 ago. 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 10 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 145.018/RJ. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 10 set. 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 20 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 248/RJ. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 8 abr. 1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 766 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 27 mai. 1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 430/DF. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 1 jul. 1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 10 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.064 MC/MS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 9 set. 1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 8 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.060 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 23 set. 1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 8 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 665/DF. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 27 out. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Ordinária nº 280/RN. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 24 nov. 1995. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.468/DF. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 20 set. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.487 MC/SC. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 22 nov. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.391 MC/SP. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 28 nov. 1997. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 14 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197.692/SC. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 20 mar. 1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 7 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 223.576/SC. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 12 nov. 1999. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 12 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.835 MC/SC. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 4 fev. 2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 15 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.434 MC/SC. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 25 fev. 2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.115 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 7 abr. 2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 15 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 724/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 27 abr. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 21 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 227/RJ. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 18 mai. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 12 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 483/PR. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 29 jun. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 13 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.434 MC/AP. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 10 ago. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 16 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.450/RJ. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 30 ago. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.408 MC/ES. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 10 nov. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 17 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.472 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 3 mai. 2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 15 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 224.775. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 24 mai. 2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 207.732. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 2 ago. 2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 872 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 20 set. 2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 4 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.201/RO. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 19 dez. 2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 14 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.677/DF. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 28 mar. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 23 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.569/CE. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 2 mai. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 25 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.742/ES. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 23 mai. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 8 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.381 MC/AL. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 6 jun. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 190.264/RJ. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 6 jun. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.955/RO. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 13 jun. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 8 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.295 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 29 ago. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 15 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.746 MC/SP. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 19 set. 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 22 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.050 MC/RO. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 2 abr. 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 15 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 301.841/PR. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 14 mai. 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 10 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.863/PB. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 28 mai. 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 8 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 637 MC/MA. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 1 out. 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 19 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.124 MC/RN. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 8 abr. 2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 12 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.170/SP. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 9 set. 2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 776 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 856 MC/RS. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.394/AM. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 24 ago. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 9 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.458/GO. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 16 mai. 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 11 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 341/PR. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 11 jun. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 19 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.329/AL. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 14 jun. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 4 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.166/SP. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 9 set. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 14 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.697 ED/MG. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 6 set. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 10 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 152/MG. **Diário Oficial da Justiça do Brasil**. Brasília, DF, 24 abr. 1992. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em 20 dez. 2012.